

KJØPERS TILBAKEHOLDSRETT VED KJØP AV FAST EIENDOM

Kandidatnummer: 521

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 16401 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>TILNÆRMING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema, problemstilling og hjemmelsgrunnlag	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Begrepsavklaring	3
1.4	Oversikt over den videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>DE AKTUELLE LOVERS BAKGRUNN OG VIRKEOMRÅDE</u>	<u>6</u>
2.1	Avhendingslovens bakgrunn og virkeområde	6
2.2	Bustadoppføringslovens virkeområde	7
<u>3</u>	<u>PRINSIPPET OM YTELSE MOT YTELSE</u>	<u>9</u>
<u>4</u>	<u>TILBAKEHOLDSRETT</u>	<u>12</u>
4.1	Kort om rettslig karakteristik	12
4.2	Historisk tilbakeblikk	12
4.3	Legislative hensyn	13
4.4	Vilkår for utøvelse av tilbakeholdsrett	14
4.5	Rettsvirkninger ved utøvelse av tilbakeholdsrett	17
4.6	Iverksettelse og opphør av tilbakeholdsrett	17
4.7	Tilbakeholdsrett ved mislighold i form av forsinkelse	18
4.7.1	Forsinkelse	18

4.7.2	Hjemmelsgrunnlag	19
4.8	Tilbakeholdsrett ved mislighold i form av mangel	21
4.8.1	Mangel	21
4.8.2	Hjemmelsgrunnlag	22
4.9	Eiendomshandel gjennom mellommann	24
4.9.1	Gjennomføringen av megleroppgjøret	24
4.9.2	Kjøpers instruksjonsrett overfor megler	25
4.9.3	Instruksjonsrettens overgang	26
4.9.4	Instruksjonsretten når megler sitter med kjøpesummen på vegne av selger	35
4.9.5	Forskuddsbetaling ved eiendomshandel etter avhendingsloven	37
4.9.6	Forskuddsbetaling ved eiendomshandel etter bustadoppføringsloven	41
4.9.7	Konsekvenser av at megler ikke følger instruks	44
4.9.8	Utbetaling av det tilbakeholdte beløp	44
4.10	Finansieringsvansker for kjøper dersom mellommann ikke formidler handelen	48
4.11	Tilbakeholdsrett ved antesipert mislighold	48
4.12	Den nærmere grensen for hvor stort beløp som kan holdes tilbake	49
4.13	Urettmessig tilbakeholdelse	51
4.14	Kort om selgers tilbakeholdsrett	52
<u>5</u>	<u>BESLEKTEDE MISLIGHOLDSBEFØYELSER</u>	<u>52</u>
<u>6</u>	<u>UNDER HVILKE FORHOLD ER TILBAKEHOLDSRETT ET NYTTIG SANKSJONSMIDDEL?</u>	<u>54</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>
<u>8</u>	<u>TOLKNINGSUTTALELSER OG RUNDSKRIV</u>	<u>60</u>
<u>9</u>	<u>INSPEKSJONSMERKNADER FRA KREDITTILSYNET ETTER STEDLIGE TILSYN</u>	<u>60</u>

<u>10</u>	<u>NETTDOKUMENT</u>	<u>61</u>
<u>11</u>	<u>FORKORTELSER</u>	<u>61</u>
<u>12</u>	<u>LOVREGISTER</u>	<u>62</u>
<u>13</u>	<u>FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>63</u>
<u>14</u>	<u>FORSKRIFTER</u>	<u>64</u>
<u>15</u>	<u>REGISTER OVER RETTSPRAKSIS</u>	<u>65</u>
	Publiserte dommer	65
	Publiserte underrettsdommer	65
	Nemndsavgjørelser	66

1 Tilnærming

1.1 Presentasjon av tema, problemstilling og hjemmelsgrunnlag

Tilbakeholdsrett er en misligholdsbeføyelse som består i at den ene parten i et avtaleforhold holder sin ytelse tilbake ved kontraktsbrudd fra den andre partens side. Utgangspunktet ved eiendomshandel er at kjøper har tilbakeholdsrett både ved forsinkelse og mangel ved eiendommen. Den som utøver tilbakeholdsrett bærer risikoen for at sanksjonsmuligheten er berettiget.

Ved handel med fast eiendom er tilbakeholdsretten hjemlet i Lov om avhending av fast eiendom¹ (avhendingsloven) av 3. juli 1992 nr. 93² og Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43³.

I det følgende tas det sikte på å gi en oversikt av tilbakeholdsretten ved eiendomshandel, herunder vilkår og rettsvirkninger, både ved handel direkte mellom kjøper og selger samt når eiendomshandelen formidles av en mellommann.

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrenses til å gjelde kjøpers tilbakeholdsrett ved eiendomshandel etter avhendingsloven og bustadoppføringsloven der kjøper er forbruker. Begrunnelsen for avgrensningen er todelt. Delvis begrunnes avgrensningen i bustadoppføringslovens

¹ Det presiseres avhendingsloven ikke begrenser seg til handel med "fast eiendom" – loven regulerer også salg av andelsboliger. Dessuten kan det avtales at loven skal legges til grunn ved salg av aksje- og obligasjonsleiligheter.

² Heretter forkortet avhl.

³ Heretter forkortet buofl.

virkeområde⁴ som er avtaler mellom entreprenør og forbruker.⁵ Dernest refererer avgrensningen seg til avhendingslovens særregler for avtale med forbruker, jf. § 1-2 annet ledd. Utgangspunktet er at avhendingsloven kan fravikes ved avtale for tilfeller som ikke faller inn under definisjonen av forbrukerkjøp i tredje ledd, jf. annet ledd.⁶ For avtaler som gjelder oppføring av ny bolig, definerer buofl. § 2 forbrukerbegrepet.

Etter avhl. § 1-2 tredje ledd står man overfor et forbrukerkjøp ved ”kjøp av eiendom når kjøparen er en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsverksemd”. Ordlyden i buofl. § 2 har en litt annen innfallsvinkel da den definerer ”forbruker” fremfor ”forbrukarkjøp”. Den ulike utformingen av ordlyden innebærer likevel ikke noen realitetsforskjell.⁷ Ved at definisjonen i avhl. § 1-2 tredje ledd og buofl. § 2 er avgrenset til ”fysisk person”, faller eksempelvis avhending til et samvirkelag eller en forening utenfor forbrukerbegrepet. Når en næringsdrivende kjøper en eiendom til bruk i virksomheten, er det ikke tale om forbrukerkjøp. Der anskaffelse av bolig får preg av ”systematisk erverv med henblikk på organisert videresalg”, er man utenfor det forbrukerkjøpsreglene skal verne om.⁸ Hvis eiendommen skal ha et kombinert formål, det vil si både tjene til personlig- og næringsmessig bruk, må det legges vekt på hva eiendommen ”hovedsakelig” skal brukes til. I tvilstilfeller beror resultatet på en konkret vurdering av hvilket formål som er mest tungtveiende.

⁴ De nærmere vilkår for når bustadoppføringsloven skal anvendes, vil det bli redegjort for i punkt 2.2.

⁵ Bustadoppføringslovens regler kan i utgangspunktet, helt eller delvis, legges til grunn der kjøper ikke er en forbruker, se for eksempel LB-2006-134003. På den andre siden kan det ikke inngås gyldig avtale om at for eksempel avhendingslovens regler skal komme til anvendelse der kjøper egentlig har krav på vilkårene etter bustadoppføringsloven.

⁶ Nordtveit (2008) note 7. Gjeldende definisjonen av forbrukerkjøp i avhl. § 1-2 tredje ledd ble inntatt etter vedtakelsen av Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34. For avtaler som ble inngått før forbrukerkjøpsloven trådte i kraft 1. juli 2002, må det tas utgangspunkt i den tidligere definisjonen av forbrukerbegrepet forankret i avhl. § 1-2 tredje ledd.

⁷ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 23 og NOU 1992: 9 Forbrukarentrepriselov s. 25 og s. 26.

⁸ Krüger (2008) note 12.

Forbrukerbegrepet i avhl. § 1-2 tredje ledd og buofl. § 2 er i utgangspunktet det samme som i forbrukerkjøpsloven og andre lover som regulerer forbrukeres rettsstilling.⁹ En viktig forskjell er imidlertid at forbrukerkjøpsbegrepet i avhendingsloven ikke avgrenses til tilfeller der kjøper er å anse som forbruker og selger som næringsdrivende. Begrepet dekker også handel mellom private parter, som ofte er jevnbyrdige.¹⁰ Dermed vil avhending av bolig mellom to privatpersoner være forbrukerkjøp i avhendingslovens forstand.¹¹

1.3 Begrepsavklaring

Før det gås nærmere inn på de temaer oppgaven søker å belyse, redegjøres det her for sentrale ord og uttrykk i fremstillingen.

Med ”kjøper” siktes det i denne sammenheng til en forbruker som kjøper fast eiendom, jf. avgrensningen i punkt 1.2. I det følgende omtales forbruker vekselvis som kjøper ved beskrivelse av rettstilstanden etter bustadoppføringsloven. Hvor avhendingsloven behandles for seg, benyttes ”forbruker”.

I enkelte fremstillinger brukes uttrykket ”detensjonsrett” fremfor ”tilbakeholdsrett”.

Årsaken antas å være at forfatterne ønsker å markere et klart skille til begrepet ”retensjonsrett”.¹² Undertiden benyttes nemlig tilbakeholdsrett også om tredjemanns rett til å holde tilbake en annens ting til sikkerhet for sitt vederlagskrav.¹³ Det presiseres av den grunn at tilbakeholdsrett i denne fremstillingen må forstås i betydningen ”detensjonsrett”.

⁹ Nordtveit (2008) note 9 og Lilleholt (2008) note 16.

¹⁰ Dette ble kritisert i Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) s. 39.

¹¹ Innst.O. nr. 71 (1991-1992) s. 4.

¹² Hagstrøm (2008).

¹³ Se for eksempel Brækhus (1979) s. 184. På denne bakgrunn er bruken av begrepet ”tilbakeholdsrett” kritisert som uheldig i flere forarbeider samt i den juridiske litteratur, jf. NOU 1992: 9 Forbrukarentreprislov s. 78, Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) s. 80 og Brækhus (1988) s. 19.

Det samme må gjelde for avhl. § 4-6, § 4-15 og § 5-5 samt buofl. § 24 og § 31 hvor ”halde attende” og ”tilbakeholdsrett” også er benyttet.

Med fast eiendom menes grunn og eventuell bebyggelse på denne. Utvinnbare naturressurser, som for eksempel mineraler, regnes som del av den faste eiendommen inntil de blir utvunnet. Alle faste eiendommer i Norge skal ha gårds- og bruksnummer slik at de kan identifiseres. I den videre fremstillingen benyttes begrepet ”skjøte” både ved salg av fast eiendom og andelsbolig.¹⁴

Forsinkelse ved eiendomshandel innebærer at en ytelse ikke blir levert til den tid partene har forutsatt gjennom avtale, eller at ytelsen ikke blir levert i det hele tatt. Dersom avtale om leveringstid ikke er inngått, er ytelsen forsinket om den ikke leveres i tråd med kravene nedfelt i bakgrunnsretten, herunder avhendingsloven og bustadoppføringsloven. I punkt 4.7.1 kommer jeg tilbake til forsinkelsesbegrepet.

Mangel ved eiendomshandel innebærer også kontraktsbrudd, og begrepets innhold samsvarer med den naturlige språklige forståelsen av ordet – det er noe ved ytelsen som mangler. Når det foreligger en mangel, er det ikke full harmoni mellom ytelsen og det partene har forutsatt gjennom avtale eller de krav bakgrunnsretten stiller. Definisjonen av mangel behandles nærmere i punkt 4.8.1.

Utøvelse av tilbakeholdsrett skal også ses i lys av situasjonen hvor mellommann bistår eiendomshandelen. Tradisjonelt defineres mellommann som en aktør som ”påtar seg å medvirke til avslutningen av en avtale eller selv å slutte avtalen for fremmed regning, og som tilbyr sin tjeneste til begge grupper kontrahenter” (kjøper og selger).¹⁵ I ”fremmed regning” ligger det at mellommannen ikke har den økonomiske risikoen for handelen/formidlingen.

¹⁴ Ved andelsbolig tinglyses et hjemmelsdokument og ikke et skjøte – rettsvirkningen er imidlertid den samme.

¹⁵ Brækhus (1946) s. 17.

Eiendomsmeglere, som er én av flere kategorier mellommenn, kjennetegnes ved at de medvirker til omsetning av rett til fremmed fast eiendom, jf. Lov om eiendomsmegling av 29. juni 2007 nr. 73¹⁶ § 1-2 annet ledd. Emgll. § 2-1 første ledd forutsetter eiendomsmeglermonopolet og slår fast at eiendomsmegling bare kan drives av foretak som har tillatelse fra Kredittilsynet, eller av person med advokatbevilling når vedkommende har stilt sikkerhet etter domstoloven¹⁷ § 222. Mellommannen besitter en uavhengig rolle og skal ivareta begge parter interesser i handelen.

1.4 Oversikt over den videre fremstilling

I første rekke skal det redegjøres kort for de aktuelle lovers bakgrunn og virkeområde. Dernest fremstilles prinsippet om ytelse mot ytelse før karakteristiske trekk ved tilbakeholdsrett, historisk tilbakeblikk, hensyn, vilkår og rettsvirkninger vies nærmere oppmerksomhet i punktene 4.1 - 4.5. Iverksettelse og opphør av tilbakeholdsrett er tema i punkt 4.6. Som misligholdsbeføyelse gjør tilbakeholdsrett seg gjeldende både ved forsinket og mangelfull ytelse, hvilket fremstillingen skal ta for seg i punkt 4.7 og punkt 4.8. Kjøpers ulike problemstillinger knyttet til tilbakeholdsrett ved salg gjennom mellommann, er gjenstand for nærmere redegjørelse i punkt 4.9. På den andre siden, men i forlengelse av sistnevnte punkt, behandles kjøpers utfordringer med finansiering når megler ikke formidler handelen, i punkt 4.10. Tilbakeholdsrett ved antasert mislighold, grensen for hvor stort beløp som kan holdes tilbake, urettmessig tilbakeholdelse og selgers tilbakeholdsrett er temaer som behandles i punktene 4.11 flg. I punkt 5 skal det redegjøres kort for beslektede misligholdsbeføyelser, før fremstillingen rundes av i punkt 6 med en drøftelse av under hvilke forhold tilbakeholdsrett er et nyttig sanksjonsmiddel.

Oppgaven innehar en ”sammenlignende” redegjørelse av rettstilstanden etter avhendingsloven og bustadoppføringsloven. Tilbakeholdsrett etter avhendingsloven er viet

¹⁶ Heretter forkortet emgll.

¹⁷ Lov om domstolene (domstoloven) av 13. august 1915 nr. 5.

størst oppmerksomhet. Begrunnelsen for dette er at tilbakeholdsrett etter avhendingsloven synes å reise flere uavklarte problemstillinger enn tilbakeholdsrett etter bustadoppføringsloven. Bustadoppføringslovens regler behandles særskilt der de skiller seg vesentlig fra avhendingsloven.

2 De aktuelle lovers bakgrunn og virkeområde

2.1 Avhendingslovens bakgrunn og virkeområde

Avhendingsloven trådte i kraft 1. januar 1993.¹⁸ Før den tid var kjøp og salg av fast eiendom i Norge ikke lovfestet. Reguleringen var overlatt til sedvanerett og rettspraksis, som riktignok på flere punkter samsvarte med kjøpsloven av 1907¹⁹.

Avhendingslovens virkeområde fremgår av § 1-1. Etter ordlyden i avhl. § 1-1 første ledd får loven anvendelse på forholdet mellom forbruker og selger når salgsgjenstanden er fast eiendom. I de normale tilfeller yter forbruker et vederlag i form av penger, men loven dekker også gave- (med visse begrensninger, jf. § 1-1 femte ledd) og byttetilfellene, jf. § 1-1 første ledd første setning samt § 1-1 fjerde ledd. Avhending av sameiepart i fast eiendom omfattes også av loven. Det samme gjør overføring av tomtefesterett, jf. avhl. § 1-1 første ledd siste punktum. Tvangssalg etter tvangsfullbyrdsloven²⁰, ekspropriasjon, arv og selskapsrettslig avhending, som for eksempel salg av et aksjeselskap, ligger utenfor reguleringsområdet.²¹ I utgangspunktet gjelder det samme for

¹⁸ Jf. kgl. res. av 18. september 1992.

¹⁹ Lov om kjøp av 24. mai 1907 nr. 2. [Opphevet].

²⁰ Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86.

²¹ Det bemerkes imidlertid at Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27 og avhendingsloven kan komme til analogisk anvendelse ved salg av for eksempel eiendommer organisert som aksjeselskap, jf. blant annet Rt. 1999 s. 408 og Rt. 2002 s. 1110.

kjøp i medhold av løsningsrett.²² Etter avhl. § 1-1 må det trekkes en grense mot stiftelse av avgrensede rettigheter samt mot avhending av løsøre og entrepriseavtaler.²³

Med ”avhending av fast eiendom” siktes det til en gjensidig bebyrdende overføring av eiendomsretten slik at forbruker, med mindre annet er avtalt eller bestemt ved lov, får full fysisk og juridisk rådighet over eiendommen.²⁴

I avhl. § 1-2 annet ledd fremgår det hvilke av lovens bestemmelser som er ufravikelige i forbrukerkjøp. Lovens ufravikelighet gjelder kun avtalepunkter som er i forbrukers disfavør. Loven er ikke til hinder for at forbruker får bedre rettigheter enn hva som følger av loven.

Det følger direkte av § 1-1 annet ledd at avhendingsloven ikke gjelder for avtaler som faller inn under bustadoppføringsloven. Ved en lovendring i 2003 og tilføyelse av § 1-1a, regulerer loven derimot avhending av andeler i borettslag.²⁵

2.2 Bustadoppføringslovens virkeområde

I medhold av buofl. § 1 første ledd jf. tredje ledd skal loven anvendes på avtaler mellom entreprenør²⁶ og forbruker om oppføring av ny eierbolig eller fritidshus.²⁷

For det første gjelder bustadoppføringsloven for avtaler om oppføring av bolig til boligformål og avtaler om arbeid med umiddelbar tilknytning til denne oppføringen, jf. § 1 første ledd bokstav a. For det andre regulerer loven avtaler om kjøp eller feste av

²² Lov om løysingsrettar av 9. desember 1994 nr. 64 jf. Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 62.

²³ NOU 1992: 9 s. 20-23 og NOU 1993: 20 s. 42.

²⁴ Wyller (1997) s. 27.

²⁵ Lov om burettslag (burettslagslova) av 6. juni 2003 nr. 39.

²⁶ Dette begrepet omfatter både tilfeller der selger selv er utførende entreprenør og der selger engasjerer en annen entreprenør. Uttrykkene selger og utbygger er i denne sammenheng de samme.

²⁷ Heretter brukes kun begrepet ”bolig”, men med det siktes det også til ”fritidshus”.

grunn hvor entreprenør skal besørge oppføring av en bolig som ikke er fullført på avtaletiden, jf. § 1 første ledd bokstav b.²⁸ Etter buofl. § 4 annet ledd får avhendingsloven anvendelse for avtaler om rett til fast eiendom som ikke faller inn under buofl. § 1 første ledd bokstav b, og som gjelder overføring av grunnen. Det kan for eksempel dreie seg om en avtale om salg av en byggetomt som også innehar bestemmelser om at selger, i tillegg til oppføringen av eierboligen skal utføre arbeider på grunnen, så som å planere tomten.²⁹ Dette utgjør en slik sammensatt avtale som avhl. § 1-1 tredje ledd gir anvisning på. Reguleringen er da slik at avhendingsloven gjelder for overføringen av grunnen, mens bustadoppføringsloven gjelder for det resterende arbeidet. I slike tilfeller må det opprettes to separate kontrakter. Dersom salg av tomt og oppføring av bolig er gjort i samme kontrakt, omfattes hele kjøpet av bustadoppføringsloven. Det er imidlertid gjort unntak hvor tilleggsarbeidene bare utgjør et uvesentlig tillegg til avhendingen. Om det er tilfelle, kommer avhendingsloven etter § 1-1 tredje ledd annet punktum til anvendelse for både avhendingen av grunnen samt for arbeidene som skal utføres.

Bustadoppføringsloven er utarbeidet med formål å sikre forbruker. På den bakgrunn er det inntatt et forbud i buofl. § 3 mot å avtale vilkår som stiller forbruker i en svakere rettsposisjon enn det som følger av bustadoppføringsloven. Dersom det inngås avtalevilkår som er dårligere for kjøper enn det som fremgår av bustadoppføringsloven, vil avtalevilkårene rettslig sett ikke ha noen verdi. I slike tilfeller settes de ugyldige avtalevilkårene til side og bustadoppføringslovens alminnelige regler legges til grunn. På den andre siden er det ingenting i veien for at forbruker gis bedre rettigheter av selger enn hva loven innrømmer. Partene står eksempelvis fritt til å avtale at bustadoppføringsloven skal regulere eiendomshandelen helt eller delvis selv om byggherre ikke gjør dette som ledd i næringsvirksomhet.³⁰

²⁸ Det fremgår i punkt 4.9.6 at denne sontringen er av betydning.

²⁹ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 46.

³⁰ LB-2006-134003, der byggherre var et aksjeselskap, er illustrerende for dette.

Forholdet til instruksjonsrett og forskuddsbetaling etter buofl. § 3, kommenteres kort i punkt 4.9.3 om ”Instruksjonsrettens overgang” og punkt 4.9.6 om ”Forskuddsbetaling ved eiendomshandel etter bustadoppføringsloven”.

3 Prinsippet om ytelse mot ytelse

Som i mange andre kjøpsforhold bygger avtalene om eiendomshandel normalt på et prinsipp om ytelse mot ytelse. Dette er et grunnprinsipp i kontraktsretten, og det uttrykker et alminnelig krav om balanse i kontrakter.³¹ Ved kjøp av fast eiendom innebærer prinsippet om ytelse mot ytelse at kjøper ikke behøver å overføre kjøpesummen til selger før selger stiller eiendommen til kjøpers disposisjon ved å overføre både den rettslige og den faktiske eiendomsretten.³² I sin rene form sier man gjerne at prinsippet forutsetter samtidighet mellom partenes respektive ytelser.³³ Tilbakeholdsrett er et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse.

For avtaler som omfattes av avhendingsloven, følger et noe modifisert samtidighetsprinsipp av avhl. § 2-3 jf. § 5-5.³⁴ Utgangspunktet etter disse bestemmelsene er at oppgjøret skal skje ytelse mot ytelse. I Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 68 slås det fast at forbruker kan kreve skjøte og overtakelse ”mot” å betale kjøpesummen. På samme vilkår kan forbruker kreve bruksovertakelse ved tredje månedsskifte etter at avtalen ble bindende. Forbruker plikter ikke å overføre kjøpesummen til selger før eiendommen er stilt til hans disposisjon. Den

³¹ Martinussen (2007) s. 55.

³² Rosén (2008) s. 376.

³³ Martinussen (2007) s. 55.

³⁴ Nordtveit (2008) note 13.

toneangivende oppfatning synes å være at forbruker kan kreve skjøte av selger *idet* han oppfyller sine forpliktelser etter avtalen.³⁵

Med unntak av tilfeller som faller inn under avhl. § 1-2 annet ledd første punktum, kan det imidlertid avtales at den ene parten skal overlevere sin ytelse før den andre. Grunnet uklare avtaler, er det i praksis ofte strid omkring råderetten og instruksjonsretten vedrørende det forskuddsbetalte beløpet i perioden frem til overtakelse og hjemmelsoverføring. Dette behandles nærmere i punkt 4.9.5 og punkt 4.9.6.

For avtaler som reguleres av bustadoppføringsloven, kan problemstillingene knyttet til prinsippet om ytelse mot ytelse være noe mer sammensatte. Utgangspunktet dersom betalingstid ikke er avtalt, er at forbruker skal betale når entreprenør krever det etter overtakelse, jf. buofl. § 46 første ledd. I praksis avtaler partene at kjøpers betalingsplikt inntreffer samtidig med overtakelse av boligen. Dersom avtalen etter buofl. § 1 første ledd bokstav b omfatter rett til fast eiendom, kan entreprenør bare kreve betaling mot hjemmelsoverføring.³⁶ I disse tilfellene blir problemstillingen om ytelse mot ytelse altså langt på vei den samme som etter avhendingsloven.

Til forskjell fra situasjonen etter avhendingsloven, kan imidlertid spørsmålet om ytelse mot ytelse oppstå før overtakelsestidspunktet for avtaler om arbeid på forbrukers grunn, jf. buofl. § 1 bokstav a. På samme måte kan spørsmålet reise seg i forhold til buofl. § 1 bokstav b når avdragsbetaling før hjemmelsoverføring er avtalt, og det er stilt

³⁵ I den juridiske litteraturen er det delte meninger knyttet til spørsmålet om kjøper må gi fra seg betalingen før han kan kreve oppfylling – altså om loven forutsetter at ytelsene skal utveksles i en rekkefølge. Roald Martinussen (2007) s. 57 og Jo Hov (2002) s. 68, s. 70 og s. 95 tar tilsynelatende til orde for at kjøper må yte først. Kåre Lilleholt (2001) s. 76 og Trygve Bergsåker (2003) s. 81 er derimot av den oppfatning at loven ikke betinger at forbruker må gi fra seg vederlaget før han kan kreve oppfyllelse. Sistnevntes løsning har de beste grunner for seg. En forbruker risikerer å tape penger dersom han er forpliktet til å yte forskuddsvis.

³⁶ Dette innebærer at megler anses for å forvalte midlene på vegne av kjøper frem til tinglysing er gjennomført, jf. Rosén (2008) s. 398. Nærmere om dette i punkt 4.9.3.

garanti.³⁷ Dette fordi en mye brukt betalingsordning består i at forbruker skal betale avdrag etter hvert som bygningen tar form. Fordi det dreier seg om kontrakter som typisk strekker seg over en lang tidsperiode og gjerne omhandler betydelige beløp, har entreprenør av likviditetsmessige hensyn behov for å motta avdragsbetaling. Denne ordningen er også et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse. Forskjellen er at partenes ytelser utveksles ”etappevis”. Hvis forbruker ikke følger den forutsatte betalingsavtalen, kan entreprenør stanse arbeidet etter buofl. § 56. Begrunnelsen for bestemmelsen er at entreprenør ikke skal lastes for nye kostnader og tilføre forbrukers eiendom nye verdier hvis det er usikkert om kjøper betaler.³⁸ Her er man i kjernen av prinsippet om ytelse mot ytelse. Ved slik avdragsbetaling er det likevel vanlig å avtale at slutfaktura skal betales ved overtakelse.³⁹

Der arbeidet skjer på forbrukers grunn, kan ikke entreprenør nekte overtakelse og hjemmelsoverføring er ikke aktuelt. Av Rt. 1992 s. 770 følger det at entreprenør ikke har tilbakeholdsrett i bygget.

Ved å bruke mellommann til å formidle eiendomsoverdragelsen, kan oppgjøret synkroniseres slik at samtidighetsprinsippet kan gjennomføres.⁴⁰ I punkt 4.9.1 redegjøres det nærmere for gjennomføringen av megleroppgjøret, mens finansieringsvansker for forbruker der handel ikke formidles av mellommann er gjenstand for behandling i punkt 4.10.

Forutsatt at det ikke foreligger avvikende avtale, synes prinsippet om ytelse mot ytelse å gjelde der det er praktisk gjennomførbart.

³⁷ Lilleholt (2001) s. 84.

³⁸ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 83.

³⁹ Lilleholt (2001) s. 84.

⁴⁰ I Eidsivatings lagmannsretts dom av 30. desember 1992 uttalte retten blant annet: ”Det er en sentral oppgave for en eiendomsmegler å sørge for at prinsippet ytelse mot ytelse blir ivaretatt på en betryggende måte. Særlig grunn til aktpågivenhet er det når kjøper og/eller selger, slik som i dette tilfellet, ikke har spesiell innsikt i eiendomshandel.”

4 Tilbakeholdsrett

4.1 Kort om rettslig karakteristikk

Tilbakeholdsrett er en sikkerhetsrett og en kontraktsrettslig misligholdsbeføyelse som går ut på at egen ytelse etter kontrakten holdes tilbake inntil medkontrahenten oppfyller sin prestasjon.⁴¹ For øvrig må tilbakeholdsretten regnes som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp.⁴²

Tilbakeholdsrett er en gjensidighetsbeføyelse. Isolert sett innebærer sanksjonen bare en midlertidig suspensjon av egen ytelsesplikt. Den kontraktsrettslige form for tilbakeholdelse kan ses på som en form for selvtekt.⁴³ Parten skulle egentlig oppfylt sin ytelse, men unnlater dette forsettlig grunnet svikt i forutsetningen om samtidig motytelse fra medkontrahentens side.

Tilbakeholdet kan legge forholdene til rette for utøvelse av andre misligholdsbeføyelser. Videre kan tilbakeholdsrett gjøres gjeldende overfor både forsinket og mangelfull ytelse fra selger. Tilbakeholdsretten gjelder selv om forbruker på forhånd har misligholdt sin betalingsplikt.⁴⁴

4.2 Historisk tilbakeblikk

Misligholdsbeføyelsen tilbakeholdsrett kan spores tilbake til den klassiske romerrettens ”god tro”-klausul inntatt i en kjøpekontrakt kalt ”emptio-venditio” og verkstings- og arbeidsleiekontraktene ”locatio-condictio”.⁴⁵ Tanken var at dersom saksøker ikke kunne prestere sin del av avtalen, ville hans søksmål ikke kunne tas til følge. Senere ble prinsippet

⁴¹ Brækhus (1979) s. 184.

⁴² Jf. NOU 1993: 4 s. 119, Hagstrøm (1992) s. 70 og Krüger (1991) s. 773.

⁴³ Krüger (1991) s. 772.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 96.

⁴⁵ Zimmermann (1990) s. 801.

omtalt som ”exceptio non adimpleti contractus” og denne angivelsen brukes fremdeles i de kontinentale rettssystemer.⁴⁶

Begrepet ”detensjonsrett” ble introdusert i boka ”Obligationsrätt”, som den svenske forfatteren Knut Rodhe utgav i 1956. Sett i et tradisjonelt perspektiv, har prinsippet om ytelse mot ytelse og misligholdsbeføyelsen som gir rett til å tilbakeholde egen ytelse, vært oppfattet som to sider av samme sak blant annet på bakgrunn av reguleringen i kjøpsloven av 1907 § 14.⁴⁷

4.3 Legislative hensyn

Lovenes bestemmelser om tilbakeholdsrett hviler på ulike rettspolitiske hensyn. I fremste rekke står sikkerhetshensynet. Ved tilbakehold kan en part forsikre seg mot tap hvis den andre parten skulle få økonomiske problemer, for eksempel komme under gjeldsforhandling eller konkurs.

For det andre kan tilbakeholdsretten virke som et oppfyllelsespress. Når en part innser at han ikke får motpartens ytelse før han selv har ytt, vil han i de fleste tilfeller anstrenge seg for å oppfylle sin del av avtalen.

For det tredje gir tilbakeholdsrett hver av partene et visst rom til undersøkelse fordi retten til samtidig utveksling gjør det praktisk mulig å undersøke den annens ytelse før overtakelse finner sted. Denne fordel vil være størst for *kjøper* av fast eiendom og av mindre betydning for selger – i hvert fall så lenge betalingsmiddelet er ordinære penger.

⁴⁶ Se for eksempel Schlechtriem (2005) s. 101, hvor ”exceptio non adimpleti contractus” er brukt i tysk rett. En engelsk oversettelse av uttrykket lyder: ”Defence of non-performance of the contract”, jf. Anderson (2004).

⁴⁷ Hagstrøm (2004) s. 354.

4.4 Vilkår for utøvelse av tilbakeholdsrett

Tre kumulative vilkår må være oppfylt for at tilbakeholdsrett skal være berettiget.⁴⁸ For det første må medkontrahenten ha misligholdt sin ytelsesplikt. Med mislighold menes manglende overholdelse av avtaleforpliktelser.⁴⁹ Ved eiendomshandel er det mislighold fra selgers side hvis det hefter mangler⁵⁰ ved eiendommen, hvis eiendommen overleveres for sent eller hvis den ikke overleveres i det hele tatt. Forbruker misligholder avtalen hvis han ikke overholder betalingstidspunktet, ikke betaler eller ikke oppfyller sin medvirkningsplikt. Manglende oppfyllelse av avtalen anses imidlertid ikke som mislighold hvis unnlåtelsen skyldes forhold på den andre partens side. Mislighold fra den ene partens side, gir den andre parten rett til bruk av misligholdsbeføyelser, herunder tilbakehold etter bestemmelsene i avhendingsloven eller bustadoppføringsloven. Loven krever ikke at misligholdet er av kvalifisert art. Misligholdsbeføyelser må gjøres gjeldende innen visse reklamasjonsfrister, jf. avhl. § 4-19 og buofl. § 30.

For det andre må den som utøver tilbakeholdsrett ha rådigheten over egen ytelse. Med det forstås at vedkommende må ha besittelsen over vederlaget. Retten til å utøve tilbakehold er i behold hvor ytelsen befinner seg hos en uavhengig tredjemann – forutsatt at forbruker har rettslig mulighet til å hindre utlevering.

Det tredje og siste vilkåret betegnes som ”konneksitet”. Berettiget utøvelse av tilbakeholdsrett forutsetter at det er en nær sammenheng mellom den tilbakeholdte ytelsen og motytelsen.⁵¹ Som hovedregel menes med dette at forpliktelsene må skrive seg fra samme kontraktsforhold. Tilbakeholdsrett kan ikke utøves i ett kontraktsforhold dersom motparten har misligholdt sin forpliktelse i et annet. Mislighold i ett kontraktsforhold kan

⁴⁸ Jf. avhl. § 4-6 jf. § 4-1 første ledd bokstav d, § 4-15 jf. § 4-8 første ledd bokstav e, § 5-5 jf. § 5-1 første ledd bokstav d, § 6-1 første ledd og buofl. § 24 jf. § 17 annet ledd bokstav d og § 31 jf. § 29 første ledd bokstav a.

⁴⁹ Gisle (2003) s. 188.

⁵⁰ En mangel omfatter også ”feil” ved selgers oppfyllelse, for eksempel utilstrekkelig rengjøring av rom etter avhl. § 2-2.

⁵¹ Øyen (1998) s. 711.

imidlertid innebære antesipert mislighold i et annet, og således utløse tilbakeholdsrett indirekte i det andre kontraktsforholdet.⁵² Tilbakeholdsrett ved antesipert mislighold behandles kort i punkt 4.11.

Kravet om konneksitet er noe strengere ved tilbakeholdsrett enn det er i for eksempel motregningslæren.⁵³ Dette fordi ordlyden i bestemmelsene om tilbakeholdsrett antyder at kontraktgrensen er utslagsgivende. En naturlig og språklig forståelse av bestemmelsene tilsier at kravet må gjelde mislighold i den kontrakt som vederlagsforpliktelsen stammer fra. Kravet om en naturlig sammenheng mellom ytelsene er i sin kjerne et krav om påregnelighet.

Til tross for at grunnvilkårene er oppfylt, kan adgangen til tilbakehold likevel være begrenset. Dette fordi tilbakeholdsretten er undergitt en forholdsmessighetsbetraktning.⁵⁴ Poenget i denne er at det skal være verdimessig samsvar mellom den ytelsen som holdes tilbake og de rettigheter kjøper har som følge av kontraktsbruddet. Forbruker kan ikke utøve tilbakeholdsrett i større monn enn at han kommer skadefri ut av medkontrahentens mislighold.

Kravet om tilbakehold må være aktuelt. Utover dette kreves det ikke at tilbakeholdsrett er fastslått ved dom eller lignende.⁵⁵ Det er på det rene at retten kan utøves på grunnlag av omtvistede krav.⁵⁶ Uten særskilt avtale, kan forbruker etter avhendingsloven ikke holde tilbake vederlag til sikring for ”eventuelt senere avdekkede mangler”, jf. Rt. 1980 s. 1524. Ved avtale om oppføring av ny bolig, avtales det undertiden rett for kjøper til å holde

⁵² Hagstrøm (2004) s. 589.

⁵³ Simonsen (1999) s. 387.

⁵⁴ Øyen (1998) s. 713 og Anderssen (2008) s. 315.

⁵⁵ Anderssen (2008) s. 315.

⁵⁶ Simonsen (1999) s. 387.

tilbake en prosentvis andel av kjøpesummen til sikkerhet for mulige reklamasjoner i garantitiden.⁵⁷

Forbrukers vederlag består normalt sett i penger og er av den grunn ”delelig”. Det er ingenting i veien for at kjøper holder tilbake deler av vederlaget – det er nok også det mest vanlige. I både avhendingsloven og bustadoppføringsloven gir hjemlene for tilbakeholdsrett anvisning på at forbruker kan holde tilbake ”så mykje av” kjøpesummen som er nødvendig for å dekke kravet. Dreier det seg om slike vesentlige mangler eller forsinkelser som gir adgang til å heve avtalen, kan det være aktuelt å holde hele vederlaget tilbake.⁵⁸

Situasjonen er derimot en annen for selger. Han sitter på en ”udeelig” ytelse; skjøte. Ofte blir derfor det sentrale spørsmålet om selger i det hele tatt har tilbakeholdsrett etter avhl. § 5-5. Med unntak av bagatellmessig mislighold, er den vanlige oppfatningen at tilbakeholdsretten står seg selv for mindre krav.⁵⁹

Det beror på en konkret vurdering om vilkårene for å holde kjøpesummen tilbake foreligger. I vurderingen må det tas hensyn til mangelens eller forsinkelsens art og betydning, sannsynligheten for at den vil inntre og ulike sider ved partenes forhold, jf. Rt. 1997 s. 70⁶⁰.

Gjenstand for tilbakeholdsrett er kontraktsvederlaget (kjøpesummen).⁶¹ Forbruker plikter ikke å godta selgers forslag om å få bankgaranti eller annen fullgod sikkerhet i gjengjeld

⁵⁷ Bergsåker (2003) s. 351.

⁵⁸ Dette forutsetter naturligvis at kjøper ikke har betalt forskudd (ytt kreditt til selger) etter avhendingsloven. Hvis forskuddsgaranti er stilt etter buofl. § 47 tredje ledd, må denne i så fall gjøres gjeldende av forbruker.

⁵⁹ Hagstrøm (2004) s. 357.

⁶⁰ Se s. 80 der annenvoterende representerer flertallets syn.

⁶¹ Simonsen (1999) s. 387 og Anderssen (2008) s. 314.

mot å oppheve tilbakeholdsretten.⁶² Forbruker beholder den forsvarsposisjonen tilbakeholdsretten gir ham. I dette ligger det at søksmålsbyrden i forhold til det aktuelle kravet veltes over på selger. Det er opp til selger å aksjonere hvis han er uenig i kjøpers utøvelse av tilbakeholdsrett. Kjøper behøver heller ikke å godta at det omtvistede beløp skal plasseres på sperret konto inntil tvisten er løst.⁶³

4.5 Rettsvirkninger ved utøvelse av tilbakeholdsrett

Tilbakeholdsretten blir aktuell når motparten misligholder sin ytelsesplikt.⁶⁴ Den som utøver tilbakeholdsrett og dermed oversitter oppfyllelsestiden for egen forpliktelse, er ikke i mislighold med denne.⁶⁵ Når forbruker har rett til å utøve tilbakeholdsrett og tidspunktet for overtakelse er kommet, følger det av Rt. 2006 s. 31⁶⁶ at forbruker kan kreve å få overta eiendommen og få skjøte utstedt til seg selv om en del av kjøpesummen holdes tilbake. Selger kan verken kreve erstatning for tap eller rente av det som rettmessig holdes tilbake. Avviser selger å ta imot den øvrige delen av kjøpesummen, er han i kreditormora. Grunnlaget for tilbakeholdet faller bort om misligholdet opphører.

4.6 Iverksettelse og opphør av tilbakeholdsrett

Kjøpers tilbakeholdsrett iverksettes ”de facto” ved at vederlaget holdes igjen.⁶⁷ I utgangspunktet er det unødvendig å meddele medkontrahenten en erklæring om tilbakeholdelse, men hensynet til motparten kan likevel tilsi at vedkommende bør opplyses om årsaken til at vederlaget holdes tilbake.⁶⁸ Slik informasjon fra kjøper, gir selger et bedre grunnlag til å vurdere situasjonen, herunder om han anser tilbakeholdet berettiget.

⁶² Anderssen (2008) s. 314.

⁶³ Bergsåker (2003) s. 351.

⁶⁴ Hagstrøm (2004) s. 352.

⁶⁵ Hagstrøm (2004) s. 352.

⁶⁶ Jf. avsnitt 26.

⁶⁷ Simonsen (1999) s. 390.

⁶⁸ Anderssen (2008) s. 314.

Kjøpers tilbakeholdsrett opphører når vederlaget er betalt til motparten.⁶⁹ Undertiden kan det by på problemer å fastsette det nærmere tidspunktet for opphør av tilbakeholdsretten. Dette fordi skjæringstidspunktet beror på betalingsmåten. Skjæringspunktet er av interesse for spørsmålet om når betaleren mister rådigheten over forsendelsen av pengene. I forbrukerforhold er betaling gjennom bank den ordinære oppgjørskanalen. Ved overføring av beløp fra kjøpers til selgers bank, er det flere mulige skjæringspunkter.⁷⁰ Tvil knyttet til tidspunktet kan og bør unngås ved en forhåndsregulering av partene, typisk i kjøpekontrakten.

4.7 Tilbakeholdsrett ved mislighold i form av forsinkelse

4.7.1 Forsinkelse

I utgangspunktet beror det på avtalen mellom partene om det foreligger forsinkelse. For å vurdere om ytelsen er forsinket, må tidspunktet for ytelsesplikten fastslås, typisk overleveringstidspunktet (selger) eller betalingstidspunktet (kjøper). Deretter må det tas stilling til om partene har prestert senest på dette tidspunktet. Hvis ikke partene har avtalt oppfyllestidspunkt, må dette fastlegges etter bakgrunnsretten. Både avhendingsloven og bustadoppføringsloven har utfyllende regler om dette.

Det følger av avhl. § 4-1 og buofl. § 17 at det er forsinkelse hvis selger ikke gir fra seg skjøtet eller bruken av eiendommen til rett tid. Bestemmelsen i avhl. § 4-1 er ufravikelig i forbrukerkjøp, jf. § 1-2 annet ledd.

⁶⁹ Simonsen (1999) s. 390, Hagstrøm (2004) s. 352 og Martinussen (2007) s. 57.

⁷⁰ I tråd med finansavtaleloven § 39 annet ledd bokstav a anses skjæringstidspunktet i forbrukerforhold normalt å være tidspunktet betalingsoppdraget er mottatt av betalerens bank, jf. Anderssen (2008) s. 314. Ved betaling fra andre enn forbrukere anses skjæringstidspunktet normalt å være idet beløpet er godskrevet mottakerens bank eller konto dersom begge bruker samme bank, jf. finansavtaleloven § 39 første ledd.

Med forsinkelse siktes det etter vanlig forståelse til at noe skjer for sent. I kjøpsrettslig sammenheng regnes imidlertid totalt uteblitt oppfyllelse også som forsinkelse.⁷¹

4.7.2 Hjemmelsgrunnlag

Forbrukers adgang til å utøve tilbakehold ved forsinkelse er nedfelt i avhl. § 4-6 og buofl. § 24.⁷² Avhl. § 4-6 er med henvisning til § 1-2 annet ledd, ufravikelig når kjøper er forbruker. En følge av dette er at selger ikke kan fastsette i en avtale at betalingstidspunktet skal være det samme som overtakelses- eller overskjøtningstidspunktet, og at forbruker må yte uavhengig av om selger er i stand til å oppfylle.⁷³

Bestemmelsene om tilbakeholdsrett i avhendingsloven og bustadoppføringsloven svarer til kjøpslovens regel om tilbakeholdsrett ved forsinkelse i § 42.⁷⁴ Dersom selger eller entreprenør oppfyller sin ytelse for sent eller ikke oppfyller ytelsen i det hele tatt, kan forbruker holde tilbake enten hele kjøpesummen eller deler av den. Dersom forbruker allerede har svart fullt vederlag for eiendommen, er adgangen til å utøve tilbakeholdsrett avskåret⁷⁵.

I praksis benyttes tilbakeholdsrett først og fremst for å sikre krav på erstatning eller dagmulkt.⁷⁶ Tilbakehold av hele kjøpesummen er aktuelt der selgers kontraktsbrudd gir forbruker hevingsadgang, mens delvis tilbakeholdelse er interessant hvor forsinkelsen medfører krav på erstatning eller dagmulkt.⁷⁷ Dersom forbruker som følge av forsinkelsen

⁷¹ Bergsåker (2003) s. 127.

⁷² Buofl. § 24 er utarbeidet slik at den samsvarer med avhl. § 4-6, jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 60.

⁷³ Bergsåker (2003) s. 149.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 103 og Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 60.

⁷⁵ Dette er ikke en aktuell situasjon etter bustadoppføringsloven, jf. buofl. § 47.

⁷⁶ Lilleholt (2001) s. 100. Tilbakeholdsrett for å sikre krav på dagmulkt er kun aktuelt for avtaler som reguleres av bustadoppføringsloven. Avhendingsloven inneholder ikke bestemmelse om dagmulkt som misligholdsbeføyelse.

⁷⁷ Anderssen (2008) s. 248 og Bergsåker (2003) s. 150.

har rett til å heve kjøpet etter avhl. § 4-3, kan hele vederlaget holdes tilbake. Gjennom avhl. § 4-6 unngår forbruker å måtte betale hele kjøpesummen først, for deretter å kreve den tilbake igjen når han hever kontrakten på grunn av den uteblitte overskjøtingen og/eller overtakelsen. En motsatt løsning ville innebåret stor risiko for forbruker da han kunne tapt pengene om selger gikk konkurs i mellomtiden.

For avtaler regulert av bustadoppføringsloven, vil forsinkelse for det første forrykke den avtalte betalingsplanen.⁷⁸ Normalt skal forbruker betale avhengig av hvor langt entreprenør har kommet med arbeidet. Dersom arbeidet er forsinket, innebærer det også forskyvning av forbrukers betaling. Men i mange tilfeller har forbruker også et krav på entreprenør grunnet forsinkelsen. Det typiske kravet er dagmulkt. Forbruker kan med hjemmel i buofl. § 24, holde tilbake så mye av betalingen at det er tilstrekkelig for å dekke kravet på dagmulkt.⁷⁹ Når tidspunktet for sluttoppgjør er kommet, kan forbruker dermed bruke det tilbakeholdte beløpet til motregning i den betaling som entreprenør skal ha.⁸⁰

Avhl. § 4-6 og buofl. § 24 gir forbruker en generell tilbakeholdsrett også for andre krav som måtte oppstå som følge av selgers kontraktsbrudd. Det er uten betydning for tilbakeholdsretten om forsinkelsen knyttes til den juridiske råderetten (forsinket overskjøting), eller den faktiske (forsinket bruksovertakelse).⁸¹ Avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s. 1568 gjaldt krav på vederlag for bruk av fast eiendom for en periode hvor selger uberettiget nektet å gi kjøper skjøte slik at kjøpesummen kunne betales. Høyesterett gjør det klart at kjøper har full tilbakeholdsrett enten det er bruksovertakelsen eller bare overskjøtningen som er forsinket. Det er sikker rett at forbruker etter avhl. § 4-6 i utgangspunktet har rett til å holde tilbake sin ytelse så lenge forsinkelsen med

⁷⁸ Advokatfirmaet Cappelen & Krefting (1998) s. 113.

⁷⁹ NOU 1992: 9 s. 90.

⁸⁰ Hvor retten til dagmulkt er omtvistet, åpner buofl. § 49 for at den omtvistede delen av sluttoppgjøret kan deponeres. Pengene på deponeringskontoen kan kun disponeres av partene i fellesskap, jf. buofl. § 49 annet ledd.

⁸¹ Anderssen (2008) s. 248.

bruksovertakelsen eller utstedelsen av skjøte varer.⁸² Etter bustadoppføringsloven har kjøper instruksjonsrett over midlene helt frem til skjøte er tinglyst.

Det må skilles mellom instruksjonsrett og utøvelse av berettiget tilbakehold. Temaene har en sammenheng, men rettsanvender står egentlig overfor to forskjellige spørsmål. For det første må det avklares hvilken part som har instruksjonsrett. Neste spørsmål blir så om vilkårene for å utøve tilbakeholdsrett foreligger. At en part har instruksjonsrett over et beløp, og deretter utøver tilbakehold, er ikke ensbetydende med at tilbakeholdet er berettiget. På denne måten løper den som utøver tilbakeholdsrett en risiko.

4.8 Tilbakeholdsrett ved mislighold i form av mangel

4.8.1 Mangel

I likhet med hva som gjelder for forsinkelse, er utgangspunktet i mangelsvurderingen hva partene har avtalt seg i mellom. Den leverte eiendommens tilstand må holdes opp mot dette. For å finne nærmere ut hva avtalen sier om resultatet, må avtalen gjennomgås nøye og eventuelt tolkes og suppleres. Hvis avtalen ikke regulerer forholdet tilstrekkelig, må den suppleres med bakgrunnsretten, herunder reglene i avhendingsloven og bustadoppføringsloven. Samlet sett skal forbruker ha den ytelsen som er avtalt og den ytelsen loven gir rett til. Lovgiver har formulert seg noe ulikt i avhl. § 3-1 første ledd og buofl. § 25, som begge gjelder mangel, men vurderingen er ment å være den samme.⁸³

⁸² Bergsåker (2003) s. 149. Normalt vil skjøte pålydende forbrukers navn bli utstedt (signert av selger) før bruksovertakelse skjer. I så fall er skjæringstidspunktet etter avhendingsloven ved faktisk bruksovertakelse. Etter bustadoppføringsloven går skjæringstidspunktet, som nevnt tidligere, ved hjemmelsovergang (tinglysing av skjøte). Selv om det er avtalt at eiendommen skal overskjøtes, går aldri skjæringstidspunktet etter avhendingsloven ved overskjøting.

⁸³ Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 60 og Lilleholt (2001) s. 126. Videre i avhendingslovens kapittel tre er det nærmere regler om hvilke krav som kan stilles til eiendommen. Hva gjelder avtaler regulert av bustadoppføringsloven, vil det også være mangel dersom eiendommen ikke samsvarer med kravene stilt i buofl. § 7, § 9 og § 13.

Ytelsen er mangelfull dersom mottakeren ikke får den mengden eller kvaliteten han har krav på.⁸⁴

Skjæringspunktet for utveksling av partenes ytelser bestemmes av oppfyllelseskriteriene i avtalen. Ved eiendomshandel er hovedregelen at mangelsvurderingen skal foretas på overleveringstidspunktet, jf. avhl. § 3-1 annet ledd jf. § 2-4 annet ledd og buofl. § 28 første ledd.⁸⁵

I vurderingen av om det foreligger mangel, må det ses hen til både faktiske og rettslige forhold. For nye boliger er de rettslige sidene av mangelsspørsmålene ofte enklere fordi det kan bygges på generelle krav til standard. På den andre siden er utgangspunktet ved salg av brukt bolig at avtalen gjelder den bestemte boligen i den stand den er. Her knytter mangelsvurderingen seg til spørsmål om opplysningsplikt og vesentlige avvik fra det forbruker hadde grunn til å forvente i det konkrete tilfellet. I ”Fel: särskilt vid köp av lös och fast egendom” illustrerer forfatter Jon Kihlman på s. 126-128 skillet ved å gi uttrykk for at nye boliger i de normale tilfeller skal ha ”genusegenskaper”, mens brukte boliger har ”speciesegenskaper”.

4.8.2 Hjemmelsgrunnlag

Avhl. § 4-15 og buofl. § 31 gir forbruker rett til å holde tilbake hele eller deler av kjøpesummen til sikkerhet for krav som måtte følge av en mangel. Med unntak av at lovgiver i bustadoppføringsloven har brukt begrepet ”forbrukaren” framfor ”kjøparen”, er ordlyden i bestemmelsene like. De egner seg derfor godt for fellesbehandling.

⁸⁴ Lilleholt (2001) s. 125.

⁸⁵ Lilleholt (2001) s. 142. I tilfeller som reguleres av avhendingsloven kan tidspunktet for risikoens overgang og mangelsvurderingen undertiden komme før den fysiske overtakelsen. Dette aktualiserer seg hvis selger ikke får overlevert eiendommen grunnet forhold på kjøpers side.

Kjøpsloven § 42 inneholder en tilsvarende regel om tilbakeholdsrett ved kontraktsbrudd, og det er denne avhl. § 4-15 og buofl. § 31 bygger på.⁸⁶ I likhet med avhendingslovens og bustadoppføringslovens bestemmelser om tilbakeholdsrett ved forsinkelse, forutsetter avhl. § 4-15 og buofl. § 31 at selger er i en ensidig misligholdssituasjon. Ved mislighold fra både forbruker og selger, står man overfor tilfelle av gjensidig suspensjon av ytelsesplikten, jf. LB-1996-002392. Etter avhl. § 1-2 annet ledd er § 4-15 ufravikelig i forbrukerkjøp. Forbruker kan utøve tilbakeholdsrett etter avhl. § 4-15 og buofl. § 31 uavhengig av om han ikke *kan* eller *vil* nekte bruksovertakelse.⁸⁷

Den typiske situasjonen er at forbruker utøver tilbakeholdsrett til sikring av et krav om prisavslag eller retting av en mangel. Men som nevnt over, kan også tilbakeholdsrett benyttes til sikring av erstatningskrav som følge av mangler. Dette være seg eventuelle saksomkostninger kjøper kan kreve erstattet etter tvisteloven⁸⁸ eller andre mer avledede tapsposter.⁸⁹ Om forbruker skulle være berettiget til å heve avtalen, opphører forbrukers ytelsesplikt og det er ikke behov for tilbakeholdsretten.⁹⁰ Forbruker står likevel fritt til å holde hele vederlaget tilbake.⁹¹

Hvis forbruker er innrømmet betalingsutsettelse for hele eller deler av kjøpesummen, får avhl. § 4-15 anvendelse. Dette inkluderer tilfeller hvor selger til sikkerhet for restkjøpesummen, har fått en pantobligasjon eller annet gjeldsbrev. I slike tilfeller kan forbruker, dersom han oppdager mangler, avregne sitt krav på for eksempel prisavslag mot restkjøpesummen. Det samme gjelder dersom eiendommen er kjøpt fra en bank – noe som forekommer hvor banken typisk har overtatt eiendommen i forbindelse med

⁸⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 110 og Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 60.

⁸⁷ Lilleholt (2001) s. 161.

⁸⁸ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

⁸⁹ Bergsåker (2003) s. 342 og s. 343.

⁹⁰ Simonsen (1999) s. 389.

⁹¹ Bergsåker (2003) s. 342 og Simonsen (1999) s. 389.

tvangsinndrivelse.⁹² Forbruker mister retten til å avregne krav på for eksempel prisavslag, om selger skulle finne det for godt å avhende eller pantsette pantobligasjonen eller gjeldsbrevet.⁹³

4.9 Eiendomshandel gjennom mellommann

4.9.1 Gjennomføringen av megleroppgjøret

Med mindre både kjøper og selger ikke ønsker at mellommann skal bistå med det økonomiske oppgjøret mellom partene, skal eiendomsmegler besørge korrekt oppgjør og sikre at ingen av partene utsettes for økonomisk risiko.⁹⁴ Slikt ønske må eventuelt uttrykkes etter at handel er kommet i stand. Ved normal eiendomsomsetning er det vanlig at megler bistår med det økonomiske oppgjøret mellom partene. Megler skal formidle de ytelser som i tråd med avtalen skal utveksles mellom partene. Beroende på hva omsetningen gjelder, innebærer dette at kjøper skal gi fra seg kjøpesummen mot selgers utlevering av skjøte, aksje, leie- eller festeavtale m.v.⁹⁵

I de fleste tilfeller skal forbruker finansiere ervervet av eiendommen gjennom lån fra en låneinstitusjon. Som oftest krever banken pant i eiendommen som kjøpes. På den andre siden er selger avhengig av å motta beløpet fra kjøper slik at han kan innfri pantegjeld han har i eiendommen – bare da kan forbruker motta et heftelsesfritt skjøte. Forholdet kompliseres ved at kjøpers bank på bakgrunn av samtidighetsprinsippet, ikke ønsker å utbetale lånet før den har sikret seg med den forutsatte prioritet. I denne konstellasjonen kommer meglers rolle som mellommann frem ved at han kan praktisere en modifisert gjennomføring av prinsippet om ytelse mot ytelse. For at dette skal la seg gjøre, må partene betro megler ytelsene i tid før overføringen skjer. I tillit til meglerforetakets

⁹² Bergsåker (2003) s. 344.

⁹³ Bergsåker (1994) s. 110-128 og s. 258-263.

⁹⁴ Kredittilsynet (9/2007) punkt 4. Hva megler plikter å bistå med, er regulert i emgll. § 6-9 nr. 1 til 4. I tillegg plikter megler å gi råd og veiledning i denne fasen, jf. emgll. § 6-3 annet ledd.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 59 (1988-1989) s. 45.

inneståelseserklæring⁹⁶, som er en garanti fra meglerforetaket til kjøpers långiver om at meglerforetaket vil tinglyse långivers pant med den avtalte prioritet, kan kjøpers långiver innbetale kjøpesummen til meglers klientkonto. Deretter gjør megler opp ved å betale videre til selgers pantekreditorer. Megler på sin side, sikrer seg ved å tinglyse et panterettsdokument med urådighetssperre (sikringsobligasjon), straks handel er sluttet mellom kjøper og selger. Dette hindrer selger i å belåne eiendommen ytterligere eller overdra den til andre under salgsprosessen.

4.9.2 Kjøpers instruksjonsrett overfor megler

Spørsmålet om tilbakeholdsrett kan dukke opp i forbindelse med at megler foretar det økonomiske oppgjøret. Som nevnt under punkt 4.4, er et av vilkårene for å utøve tilbakeholdsrett om forbruker har besittelse over vederlaget.⁹⁷ Siden forbruker ikke betaler direkte til selger, men til en megler, vil kjøpesummen i en periode befinne seg på meglers klientkonto. Spørsmålet som dukker opp er om forbruker har rådigheten over pengene når de befinner seg på meglers klientkonto?

Verken avhendingsloven, bustadoppføringsloven eller eiendomsmeglingsloven berører dette spørsmålet direkte. Hvorvidt forbruker har instruksjonsrett, beror på om megler forvalter kjøpesummen på vegne av kjøper eller selger. Følgelig er det nødvendig å klarlegge det nærmere skjæringstidspunktet for instruksjonsrettens overgang.⁹⁸

⁹⁶ I henhold til eiendomsmeglingslovens bestemmelser må eiendomsmeglingsforetaket stille sikkerhet på minst kr 30 millioner for å få bevilling til å drive eiendomsmeglingsvirksomhet, jf. emgll. § 2-7 og Forskrift om eiendomsmegling av 23. november 2007 nr. 1318 (heretter eiendomsmeglingsforskriften) § 2-2. Sikkerheten er en garanti som skal dekke ansvar som foretaket kan pådra seg under utøvelse av eiendomsmeglingsvirksomheten.

⁹⁷ Det presiseres at øvrige vilkår også må være oppfylt for at utøvelse av tilbakeholdsrett skal være berettiget.

⁹⁸ Rosén (2008) s. 393.

4.9.3 Instruksjonsrettens overgang

Det er sikker rett at megler ikke har råderett over pengene på klientkontoen, jf. eiendomsmeglingsforskriften § 3-9 annet ledd. Dette gjelder selv om megler er av den oppfatning at kjøper ikke er materielt berettiget i forhold til selger.⁹⁹ Megler innehar en nøytral stilling, uansett hvem som har gitt oppdraget. Avhengig av hvem som har instruksjonsrett over det innbetalte beløpet, betyr det at megler må rette seg etter kjøpers eller selgers instruksjoner om hva som skal gjøres med midlene.¹⁰⁰ Megler må forsikre seg om hvem som har instruksjonsretten på det tidspunktet instruks fremsettes.

For det første kan skjæringstidspunktet fremgå av partenes avtale.¹⁰¹ Instruksjonsrettens overgang er sjelden regulert uttrykkelig gjennom slik avtale, men den kan følge underforstått ved at det er bestemt når utveksling av ytelsene skal skje. I kontrakten mellom kjøper og selger er det ofte fastsatt et overtakelsestidspunkt oppgitt med dato og klokkeslett.¹⁰² Tanken er da at selger skal stille eiendommen til kjøpers rådighet på det avtalte tidspunktet. Dersom kjøper innbetaler kjøpesummen til meglers klientkonto i forkant av det avtalte overtakelsestidspunkt, vil han frem til tidspunktet inntre, ha myndighet til å instruere megler om å holde tilbake hele eller deler av oppgjøret. Idet tidspunktet passerer, går instruksjonsretten over fra kjøper til selger.¹⁰³ Av den grunn bør kjøper gis anledning til å undersøke eiendommen for mangler i forkant av det avtalte overtakelsestidspunktet.¹⁰⁴ Det er uten praktisk betydning om kjøper faktisk overtar bruken av eiendommen på avtalt dato og klokkeslett. Avgjørende er hvorvidt selger på det avtalte tidspunktet har stilt eiendommen til kjøpers rådighet i tråd med avtalen.¹⁰⁵

⁹⁹ Rosén (2006) s. 253 og Klagenemnda for eiendomsmeglingstjenester sak 109/01.

¹⁰⁰ Rosén (2008) s. 388.

¹⁰¹ Rosén (2008) s. 394.

¹⁰² Bjerkan (1999). Om overtakelsestidspunktet ikke er regulert i avtalen mellom kjøper og selger, reguleres det av avhl. § 2-3 eller buofl. § 14 og § 15.

¹⁰³ Bjerkan (1999).

¹⁰⁴ Rosén (2008) s. 394.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 72.

For det andre kan det være inntatt tidspunkt for ”overtakelsesforretning” i standardkontrakten utarbeidet av megler.¹⁰⁶ Slik formular benyttes ved salg av ny bolig så vel som ved salg av brukt bolig.¹⁰⁷ Det beror på tolkning av avtalen om det dreier seg om overtakelse i henhold til overtakelsestidspunkt eller overtakelsesforretning. Avtalens punkt om overtakelsesforretning er gjerne utformet slik: ”Det avholdes overtakelsesforretning kl 1400 den 9. november 2008.”¹⁰⁸ Slik formulering reiser tvil om utvekslingstidspunktet, herunder skjæringstidspunktet for instruksjonsretten. Er det kl 1400 den aktuelle dagen eller først etter at forretningen er avholdt og kjøper har akseptert eiendommen?¹⁰⁹ Spørsmålet er ofte løst i kontrakten. Løsningen kan også fremgå av omstendighetene rundt.¹¹⁰ Hvis tanken bak overtakelsesforretningen er at kjøper i samsvar med det avtalte tidspunktet skal motta nøklene til eiendommen, står man overfor en ordinær overtakelse. Følgen vil da være at kjøper mister instruksjonsretten fra det avtalte tidspunktet kl 1400, og megler anses for å sitte med kjøpesummen på vegne av selger fra samme tid. Det kan imidlertid tenkes at meningen med overtakelsesforretningen er å la kjøper kontrollere om boligen er tilstrekkelig rengjort, at fast inventar som skal følge eiendommen ikke er fjernet eller at vinduer ikke er knust m.v.¹¹¹ Dette utgjør en reell overtakelsesforretning hvorpå megler typisk instruerer partene om å føre overtakelsesprotokoll eller på annet vis notere

¹⁰⁶ Rosén (2008) s. 394.

¹⁰⁷ Bjerkan (1999).

¹⁰⁸ Bjerkan (1999).

¹⁰⁹ I medhold av emgll. § 6-8 første ledd og § 6-3 første ledd må det kunne kreves at megler utformer en kontrakt som ikke etterlater tvil om tidspunktet for instruksjonsrettens overgang. For å unngå tvil om overtakelsesforretningens betydning for utvekslingen av ytelsene og overgangen av instruksjonsretten, kan megler i tillegg til å avtale overtakelsestidspunkt på normal måte, kl 1400 den 9. november 2008, supplere avtalen med at partene skal møtes kl 1300 samme dag for å besiktige eiendommen. Ved at megler formulerer seg på denne måten, vil det ikke oppstå tvil om at kjøper frem til kl 1400 kan instruere megler om å holde tilbake deler av kjøpesummen til dekning for mangler han mener å ha avdekket.

¹¹⁰ Bjerkan (1999).

¹¹¹ Bjerkan (1999).

forhold som blir påpekt av kjøper. To hensyn kan være sentrale bak en slik forretning.¹¹² På den ene siden skaper en felles gjennomgang av boligen notoritet om de forhold som avdekkes. Dermed unngås lettere konflikter så som hvorvidt eiendommen var tilstrekkelig vasket eller om vinduet ble knust før eller etter overtakelse. På den andre siden kan det være ønskelig for kjøper å få mulighet til å holde tilbake deler av kjøpesummen om mangler skulle avdekkes under overtakelsesforretningen. Dette fordi skjæringstidspunktet (overtakelsesforretningen) er av absolutt karakter sett hen til instruksjonsmyndigheten.¹¹³ Når overtakelsesforretningen er avsluttet og eiendommen overtatt av kjøper, forvalter megler pengene på vegne av selger.

Ved tolkning av klausuler om overtakelsesforretninger får entrepriseretten betydning som del av bakgrunnsretten, også for kjøp av brukte eiendommer.¹¹⁴ Med mindre annet fremgår av avtalen, er det ved avtalt overtakelsesforretning naturlig å anse skjæringstidspunktet for utveksling av ytelsene som sammenfallende med at kjøper etter en gjennomgang aksepterer eiendommen.¹¹⁵ Det vil også være mest ryddig å knytte skjæringstidspunktet til kjøpers aksept gjennom signering av datert og tidfestet overtakelsesprotokoll.

Kjøper alene kan naturligvis ikke endre det avtalte overtakelsestidspunktet. Selger og kjøper må sammen inngå endringsavtale om overtakelsestidspunktet, og partene må følgelig informere megler som skal forestå oppgjøret.¹¹⁶ Ved endringer må megler bringe på det rene om kjøper skal betale på det nye tidspunktet eller om det tidligere avtalte utvekslingstidspunktet skal legges til grunn. Hvis overtakelsestidspunktet er fremskjøvet, vil dette i så fall innebære at selger gir kjøper en usikret kreditt.

¹¹² Bjerkan (1999).

¹¹³ Etter nevnte skjæringstidspunkt er kjøper hensatt til å benytte seg av de alminnelige reklamasjonsregler.

¹¹⁴ Rosén (2008) s. 395.

¹¹⁵ Rosén (2008) s. 395.

¹¹⁶ Rosén (2008) s. 395.

For det tredje kan situasjonen være den at overtakelsestidspunktet ikke er regulert i avtalen.¹¹⁷ Eventuelt kan det være regulert på en måte som gjør det nødvendig å supplere avtalen med bakgrunnsretten.

I den juridiske litteraturen synes det å være noe ulike oppfatninger av hvem som har rådigheten over pengene på klientkonto til hvilket tidspunkt. Med hjemmel i Forskrift om eiendomsmegling av 20. mars 1990 nr. 177 § 3-3 første ledd¹¹⁸, hevder Bergsåker at ”kjøperen i utgangspunktet beholder rådigheten over midlene også etter at de er innbetalt til megleren, og at kjøpers rådighet først avskjæres når pengene er betalt videre til selger (eller selgers långiver til innfrielse av pantegjeld på eiendommen)”.¹¹⁹ Videre påpeker Bergsåker at det fra dette utgangspunktet må gjøres unntak for prinsippet om ytelse mot ytelse når oppgjøret gjennomføres av megler. Konklusjonen er at ”kjøperen har tapt sin rådighet over kjøpesum på meglers klientkonto når han har fått overta eiendommen og/eller har fått skjøte på den, på grunn av den innbetaling til megler som har funnet sted”.¹²⁰ Dette er et naturlig motstykke til at kjøper på sin side, som et ledd i utvekslingen av ytelser, har fått rådighet over eiendommen.¹²¹ Megler er ikke lenger pålagt å følge kjøpers instruks om å holde tilbake hele eller deler av kjøpesummen etter dette skjæringstidspunktet. Med mindre det er avtalt noe annet om instruksjonsrettens overgang, er det ut fra bakgrunnsretten naturlig å se det som avtalt eller utvetydig forutsatt at kjøper mister rådigheten over beløpet på klientkonto fra tidspunktet kjøpers ytelse går over til selger.¹²²

Rosén og Torsteinsen mener på sin side at skjæringstidspunktet, i mangel av avtale om annet, er tidspunktet for partenes utveksling av ytelser i henhold til bakgrunnsretten i

¹¹⁷ Rosén (2008) s. 395.

¹¹⁸ Bestemmelsen tilsvare gjeldende Forskrift om eiendomsmegling av 23. november 2007 nr. 1318 § 3-9 annet ledd.

¹¹⁹ Bergsåker (2003) s. 346.

¹²⁰ Bergsåker (2003) s. 347.

¹²¹ Justisdepartementet (1999).

¹²² Rosén (2008) s. 396.

forholdet mellom dem.¹²³ For det første er det støtte for det i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1989¹²⁴, jf. Ot.prp. nr. 59 (1988-89) s. 47. Skjæringstidspunktet bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse ved at selger får instruksjonsretten idet kjøper overtar eiendommen. Det harmonerer godt med meglers rolle som mellommann at skjæringstidspunktet skal settes til utvekslingstidspunktet mellom partene. Det reflekterer dessuten den overordnede målsetningen om at megler skal gjennomføre handelen i samsvar med prinsippet om ytelse mot ytelse og uten økonomisk risiko for partene.

For det andre hevder Rosén og Torsteinsen at Bergsåkers løsning ikke gir en god regel da instruksjonsrettens varighet vil bero på meglers valg av utbetalingstidspunkt.¹²⁵ Dermed er tidspunktet for instruksjonsrettens overgang i stor grad overlatt til tilfeldighetene.

I NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 78 gir utvalget uttrykk for at kjøpers adgang til å instruere megler avskjæres på det tidspunktet skjøte tinglyses, eller alternativt ”fra det tidspunkt kjøperen får overlatt tinglysingsklart skjøte”. Dette gir inntrykk av at utvalget ønsket å sette skjæringstidspunktet til et fast tidspunkt – uavhengig av eiendomsrettens overgang inter partes og i henhold til avtale og bakgrunnsrett.¹²⁶ I forarbeidets påfølgende avsnitt poengteres det imidlertid at hvis ”betalingen av kjøpesummen (restkjøpesummen) [er] knyttet til kjøperens overtakelse av eiendommen, for eksempel slik at nøkler skal utleveres ved endelig oppgjør, kan de samme synspunkter som ovenfor er knyttet til skjøtingen, gjøres gjeldende”.¹²⁷ Kjernen i utvalgets argumentasjon synes å være at samtidighetsprinsippet opprettholdes. Ut fra dette konkluderer Rosén og Torsteinsen med at utvalgets syn samsvarer med hva det ble gitt uttrykk for i departementet, jf. Ot.prp. nr. 59 (1988-1989) s. 47. Avgjørende er ytelsenes overgang mellom partene i henhold til avtale og bakgrunnsrett.

¹²³ Rosén (2008) s. 396.

¹²⁴ Lov om eiendomsmegling av 16. juni 1989 nr. 53. [Opphevet].

¹²⁵ Rosén (2008) s. 396.

¹²⁶ Rosén (2008) s. 396.

¹²⁷ NOU 1987: 14 s. 78.

Med bakgrunn i dette må det nøyaktige tidspunktet for instruksjonsrettens overgang bestemmes gjennom tolkning av partenes avtale. Utgangspunktet er å undersøke hva avtalen mellom partene foreskriver om oppfyllestiden.¹²⁸ Spørsmålet om hvem som kan instruere megler, beror på om oppfyllestiden er kommet.¹²⁹ Med oppfyllestiden forstås den dagen da oppfyllelse eller annet oppgjør av forpliktelsen senest må finne sted for å være rettidig.¹³⁰ På den ene siden betyr det at hvis kjøper innbetaler vederlaget til meglers klientkonto før oppfyllestiden er kommet, anses megler å forvalte beløpet på kjøpers vegne. Det har den konsekvens at megler er underlagt kjøpers instruksjonsrett. Dersom kjøper ber megler holde tilbake hele eller deler av kjøpesummen, må megler uten videre forholde seg til dette. Hvis oppfyllestiden på den andre siden har inntrådt, sitter megler med beløpet på selgers vegne og kjøper kan ikke lenger instruere megler om å holde tilbake kjøpesummen.

For øvrig er kjøpers tilbakeholdsrett tapt idet betalingen foretas dersom forutsetningen mellom kjøper og selger var at megler ved mottak av kjøpesummen, straks skulle overføre den til selger.¹³¹ Det samme gjelder der megler mottar pengene på vegne av selger (etter særskilt fullmakt), men dette er ikke vanlig. Det vil være uheldig i forhold til mellommannsrollen, i tillegg til at kjøper må gjøres uttrykkelig oppmerksom på at skjæringstidspunktet er forflyttet.¹³²

¹²⁸ Med mindre kjøper og selger har gitt uttrykk for noe annet, bistår megler med å opprette avtalen, jf. emgll. § 6-8 første ledd.

¹²⁹ Anderssen (2008) s. 317.

¹³⁰ Hagstrøm (2003) s. 206. Det er ofte avtalt mellom partene hva som skal til for at kjøpers innbetaling er gjort med befriende virkning.

¹³¹ Anderssen (2008) s. 317.

¹³² Samtidig vil nok dette være problematisk i forhold til avtaler regulert av bustadoppføringsloven. Fremskyndelse av skjæringstidspunktet innebærer antageligvis en fravikelse til ugunst for forbruker, jf. buofl. § 3.

Dersom tolkning av avtalen ikke fører frem alene, må det bygges på tidspunktet for overgangen av partenes ytelser i henhold til bakgrunnsretten.

Med hjemmel i avhl. § 2-3 første punktum og avhl. § 5-5 kan forbruker forlange skjøte idet han har prestert sin ytelse. Etter § 2-3 annet punktum kan forbruker kreve bruksovertakelse ved ”tredje månedsskifte” etter avtalen ble bindende, forutsatt at han i mellomtiden har oppfylt alle sine forpliktelser, jf. de innledende ord; ”på same vilkår”. I denne sammenhengen kan det sondres mellom to ulike situasjoner. I det første tilfellet betaler kjøper vederlaget til megler før bruksovertakelsen. Dernest krever han – og senere får – skjøtet til eiendommen. I slike situasjoner mister kjøper råderetten over kjøpesummen som står på meglers klientkonto. Kjøper kan ikke instruere megler om å holde tilbake hele eller deler av denne. Det spiller ingen rolle om det er kjøper selv som skal besørge tinglysning av skjøtet. Idet selger etter krav fra kjøper gir fra seg skjøtet, får han samtidig krav på kjøpesummen.

I det andre tilfellet kan situasjonen være at kjøper betaler kjøpesummen til megler før bruksovertakelsen og får skjøtet til eiendommen uten at dette var forutsetningen inter partes. Kjøper har da råderetten i behold og kan instruere megler om tilbakeholdelse.¹³³ Med mindre annet er avtalt, må kjøper kunne la være å kreve skjøte for dermed å ha tilbakeholdsretten i behold. Dette gjelder likevel bare frem til tidspunktet for bruksovertakelse etter loven eller avtalen er kommet, og selger har overlevert nøklene til kjøper eller megler eller på annen måte har stilt eiendommen til kjøpers disposisjon.¹³⁴ Dette er imidlertid et høyst teoretisk tilfelle – en situasjon som sjelden forekommer i praksis.

Det gjøres unntak fra hovedregelen om at bruksovertakelsen utgjør skjæringstidspunktet mellom kjøpers og selgers råderett over kjøpesummen der forbruker tar forbehold ved

¹³³ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 111.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 111.

overtakelsen.¹³⁵ Dommen inntatt i Rt. 2006 s. 31 kan tjene som eksempel på dette. Kjøper tok forbehold som innebar at hun ikke ville gi fra seg råderetten over kjøpesummen før noen oppdagede mangler var blitt undersøkt av fagfolk. Kjøper fikk likevel nøklene av selger og fikk disponere boligen selv om kjøpesummen ikke ble overført. Høyesterett konkluderte med at kjøpers tilbakeholdelse var berettiget selv om eiendommen var overtatt. Rettens begrunnelse var at prinsippet om ytelse mot ytelse ble fraveket og avløst av kreditt. I denne situasjonen var kjøpers disposisjonsrett over midlene på meglers konto i behold, og hun var derfor berettiget til å utøve tilbakehold også etter bruksovertakelsen.

For eiendomshandel som reguleres av avhendingsloven, er det naturlig å knytte skjæringstidspunktet for hvem som har råderetten til risikoens overgang etter avhl. § 2-4.¹³⁶ Grunnen til dette er at forbrukers plikt til å svare for hele kjøpesummen ikke faller bort etter risikoens overgang selv om eiendommen blir ødelagt eller skadet som følge av en hendelse som selger ikke svarer for, jf. avhl. § 2-4 annet ledd. Etter dette tidspunktet har selger krav på å få utbetalt kjøpesummen. Av den grunn er det rimelig at selger fra dette tidspunkt kan instruere megler om vederlaget forbruker har innbetalt til klienkontoen.¹³⁷

I medhold av buofl. § 14 første ledd er utgangspunktet at det skal holdes overtakelsesforretning. Selv om det ikke er holdt overtakelsesforretning, anses ytelsen som overtatt etter § 14 annet ledd dersom arbeidet er fullført og forbruker har tatt boligen i bruk.¹³⁸ For å unngå konflikter om eventuelle forhold som kjøper måtte påpeke under overtakelsesforretningen, bør megler i tråd med buofl. § 15 siste ledd råde partene til å føre overtakelsesprotokoll.

Etter buofl. § 15 tredje ledd kan forbruker være berettiget til å nekte overtakelse av ytelsen. Forutsetningen er at mangelen ”gjev rimeleg grunn til nektinga”. Dersom forbruker

¹³⁵ Anderssen (2008) s. 317.

¹³⁶ Rosén (2008) s. 397.

¹³⁷ Rosén (2008) s. 397.

¹³⁸ Bestemmelsen kan ikke fravikes til ugunst for forbruker, jf. buofl. § 3.

påberoper seg denne retten, forvalter megler kjøpesummen eller deler av denne på vegne av kjøper. Avvisningsproblematikken blir oftere gjenstand for tvist etter bustadoppføringsloven fordi denne opererer med en dagmulftsordning.

For avtaler regulert av avhendingsloven, er reglene om å nekte overtakelse litt uklare.¹³⁹ Avhl. § 4-1 oppstiller fire sanksjonsmuligheter for forbruker dersom det foreligger forsinkelse fra selgers side, herunder krav om naturaloppfyllelse¹⁴⁰, heving, erstatning og tilbakehold. I tillegg til de tre sistnevnte misligholdsbeføyelsene, kan forbruker i mangelstilfellene kreve retting og prisavslag etter avhl. § 4-8. Verken avhl. § 4-1 eller § 4-8 nevner avvisning som mulig sanksjon og spørsmålet er derfor om nevnte alternativer skal anses for å være uttømmende?

Problemstillingen var til behandling i Rt. 2007 s. 1587. Saken gjaldt selgers krav på erstatning etter at kjøper hevet avtale om kjøp av leilighet, men Høyesterett tar også opp spørsmålet om å nekte overtakelse. Retten konkluderte med at kjøper har avvisningsrett etter avhendingsloven, men at den er ”forbeholdt de klare tilfeller, hvor det vil virke sterkt urimelig om ikke kjøper skal kunne avvise overtakelse”.¹⁴¹ Dernest fremgår det av forarbeidene til avhl. § 4-1 og § 4-8 at oppregningen i bestemmelsene ikke er uttømmende.¹⁴² I juridisk teori er det anført at forbruker, dersom han har hevingsrett på grunn av vesentlig mislighold, også må kunne velge det mindre; fastholde avtalen, men gjøre andre mindre vidtrekkende misligholdsbeføyelser gjeldende.¹⁴³ Etter førstvoterendes mening i Rt. 2007 s. 1587 er avvisning særlig aktuelt ”i situasjoner hvor den aktuelle eiendom på overtakelsestidspunktet må utbedres og – før det er gjort – ikke kan regnes som beboelig”. På denne bakgrunn og i disse tilfellene forvalter megler derfor vederlaget på forbrukers vegne når avvisningsrett utøves etter avhendingsloven.

¹³⁹ Lilleholt (2001) s. 80.

¹⁴⁰ Krav om naturaloppfyllelse er kun aktuelt ved forsinkelse, jf. avhl. § 4-1 første ledd bokstav a.

¹⁴¹ Jf. dommens avsnitt 52.

¹⁴² Jf. Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 96 og s. 103.

¹⁴³ Lilleholt (2001) s. 80.

Betalingstidspunktet for avtaler regulert av bustadoppføringsloven følger av § 46. Hvis partene ikke har avtalt betalingstidspunkt, plikter forbruker å betale etter påkrav fra entreprenør etter overtakelse. For avtaler som etter buofl. § 1 første ledd bokstav b gjelder rett til grunn, kan entreprenør kun kreve betaling mot at hjemmelen overføres. Som følge av dette har kjøper instruksjonsrett over kjøpesummen helt frem til tinglysing av skjøte.¹⁴⁴ Dette utgjør en klar forskjell fra avtalene som reguleres av avhendingsloven. Med hjemmel i buofl. § 3 første ledd kan ikke kjøpers instruksjonsrett over kjøpesummen på meglers klientkonto begrenses.

4.9.4 Instruksjonsretten når megler sitter med kjøpesummen på vegne av selger

Som tidligere påpekt har kjøper instruksjonsretten over pengene frem til ytelsene forutsetningsvis eller etter uttrykkelig avtale skal utveksles. På den andre siden har selger instruksjonsrett når dette skjæringstidspunktet er passert. I forsiktige ordelag kan megler rettlede partene med henhold til rettigheter og plikter i forbindelse med utøvelse av tilbakeholdsrett og dermed gi uttrykk for sitt veloverveide syn, men som det klare utgangspunktet har megler ikke en selvstendig vurderingsplikt til spørsmålet om kjøper har rett til å holde tilbake hele eller deler av det beløp som er ført inn på meglers konto.¹⁴⁵ Dersom megler finner kjøpers krav svært usikkert, bør han nevne selgers mulighet til å kreve forsinkelsesrenter og eventuelt heving og erstatning for det tap han måtte lide som følge av at kjøper urettmessig holder tilbake hele eller deler av kjøpesummen.¹⁴⁶

Under visse omstendigheter kan megler få en selvstendig vurderingsplikt.¹⁴⁷ Hvis kjøpers begrunnelse for å utøve tilbakehold er ”svik eller sviklignende forhold” fra selgers side, er det antatt at megler kan holde tilbake en del av kjøpesummen på kjøpers forlangende etter

¹⁴⁴ Rosén (2008) s. 398.

¹⁴⁵ Klagenemnda for eiendomsmeglingstjenester sak 16/94.

¹⁴⁶ Rosén (2008) s. 390.

¹⁴⁷ Bech (1995) s. 100 og Bjerkan (1999).

at instruksjonsretten over midlene er gått over fra kjøper til selger.¹⁴⁸ Det vil være svik hvis selger bevisst har gitt kjøper ufullstendige eller positivt uriktige opplysninger om forhold selger forstod var av avgjørende betydning for kjøper.¹⁴⁹ Meglers utfordring i denne anledning er å vurdere om det er hold i kjøpers påstand om svik.¹⁵⁰ I denne sammenheng må megler utvise et forsvarlig subjektivt skjønn. Reservasjonen for svik er ikke nærmere begrunnet i tolkningsuttalelsen fra Justisdepartementet, men den antas å være at megler ved å disponere i samsvar med den svikaktiges ønsker, kan opptre i strid med kravet til god meglerskikk i emgll. § 6-3.¹⁵¹

I et tilfelle som ble fremlagt for Kredittilsynet hadde selger i strid med hva han måtte ha visst, feilaktig opplyst at det var støpt dekke i kjelleren.¹⁵² Kredittilsynet antok at megler var berettiget til å holde kjøpesummen tilbake selv om oppgjørstidspunktet var kommet. Begrunnelsen var at selger hadde opptrådt svikaktig.

Hvis megler for øvrig ikke finner å kunne etterkomme kjøpers instruks om å holde tilbake pengene etter at instruksjonsmyndigheten har gått over til selger, må kjøper straks gjøres oppmerksom på dette av megler slik at kjøper kan vurdere andre rettslige skritt for å sikre sine interesser.

¹⁴⁸ Jf. tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 21. april 1986, Bech (1995) s. 100 og LB-2005-00245.

¹⁴⁹ Ussing (1950) s. 140 og Woxholth (2003) s. 332. Men hjemmel i Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 § 30 første ledd første punktum, er svik en tilblivelsesmangel som medfører at hele avtale kan settes til side som ugyldig.

¹⁵⁰ Bech (1995) s. 101.

¹⁵¹ Rosén (2008) s. 391.

¹⁵² Bech (1995) s. 100.

Videre kan det tenkes at megler på eget initiativ oppdager svikaktige forhold hos selger. I denne situasjonen bør megler underrette kjøper om sine mistanker.¹⁵³ Normalt vil kjøper deretter forlange tilbakehold.

Situasjonen kan også være at megler på egen hånd avdekker svik av så inngående karakter at det kan komme på tale å heve avtalen. Spørsmålet er da om megler har anledning til å holde tilbake hele kjøpesummen?

Megler besitter en uavhengig mellommannsrolle og skal ivareta begge parter interesser. I utgangspunktet synes det ikke riktig at megler skal foreta denne type vurderinger. Tvisten fordrer gjerne juridiske og byggetekniske spørsmål som er av en karakter megler ofte ikke har de nødvendige forutsetninger for å kunne håndtere.¹⁵⁴ På den andre siden er det ingen god løsning om kjøpesummen skal utbetales til selger når han mest sannsynlig har opptrådt svikaktig. Med bakgrunn i dette kan det være fornuftig å konkludere ut fra prinsippet om det minste av to ”onder”. Tankegangen er at det er viktigere å hindre utlevering av kjøpesummen til en selger som muligens har opptrådt svikaktig enn det er å legge vekt på meglers manglende kompetanse.

4.9.5 Forskuddsbetaling ved eiendomshandel etter avhendingsloven

Prinsippet om ytelse mot ytelse kan fravikes ved avtale. Ved eiendomsoverdragelse regulert av avhendingsloven er det ofte avtalt mellom partene at forbruker skal betale forskudd, typisk 10 % av kjøpesummen, til meglers klientkonto ved avtaleslutningen.¹⁵⁵ Da vil man enten stå overfor et kredittkjøp, med andre ord at selger har gått med på å levere sin ytelse uten samtidig å få (hele kjøpesummen), eller et såkalt prenumerasjonskjøp, det vil si

¹⁵³ Bech (1995) s. 101. I medhold av emgll. § 6-3 om god meglerskikk, plikter megler å underrette kjøper hvis han har mistanke om svik.

¹⁵⁴ Av samme grunn skal det mye til før megler kan klandres for en feilaktig vurdering, jf. Bjerkkan (1999). Saken stiller seg annerledes der megler er advokat, jf. Bech (1995) s. 101.

¹⁵⁵ Rosén (2008) s. 389.

at forbruker har akseptert å forskuddsbetale varen.¹⁵⁶ På den andre siden leverer selger vanligvis fra seg skjøtet før overtakelsestidspunktet slik at megler kan forberede overskjøting.¹⁵⁷

Problemstillingen er i denne anledning hvorvidt forbruker frem til overtakelsestidspunktet, hvis han hevder å ha oppdaget mangler, kan instruere megler om å holde tilbake hele eller deler av det forskuddsbetalte beløpet?¹⁵⁸

Spørsmålet er først og fremst interessant hvis forbruker ønsker å heve avtalen eller anføre at den er ugyldig. I andre tilfeller kan forbruker utøve tilstrekkelig tilbakehold gjennom den ubetalte delen av kjøpesummen.

Spørsmålet er ikke berørt i loven. I NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 78 fremgår det at forbruker har råderetten inntil pengene må anses kommet frem til selger.¹⁵⁹ Begrunnelsen er at prinsippet om ytelse mot ytelse er fraveket fordi forbruker har ytt selger kreditt gjennom forskuddsbetalingen. Utvalget synes å legge til grunn en pengekravrettslig modell – vederlaget anses for å være på vei til selger og regulert av prinsippene om rett til å stanse betalingsoverføringer.¹⁶⁰

I den juridiske teorien er det ulike oppfatninger av hva som er gjeldende rett. Rosén og Torsteinsen mener kjernen i spørsmålet er hva partene har avtalt seg i mellom.¹⁶¹ Ut fra tolkning av det avtalte, kan det fastlegges hvem av partene som har råderetten. Forskuddsbetalingen kan ha ulike formål. Hvert tilfelle må vurderes konkret. Dersom

¹⁵⁶ Hagstrøm (2004) s. 354.

¹⁵⁷ I realiteten innebærer dette at selger signerer på et skjøte som megler oppbevarer inntil overskjøting skal finne sted.

¹⁵⁸ Hvorvidt megler kan ta seg dekket for sitt honorar i innbetalingen, behandles ikke.

¹⁵⁹ Megler er ikke representant for selger i den forstand at betaling til megler kan likestilles med betaling til selger, jf. NOU 1987: 14 Eiendomsmegling s. 78.

¹⁶⁰ Rosén (2008) s. 399.

¹⁶¹ Rosén (2008) s. 399.

formålet med forskuddsbetalingen var å dokumentere betalingsvilje eller betalingsevne, har forbruker råderetten over beløpet frem til utvekslingstidspunktet.¹⁶²

Hensikten med forskuddsbetalingen kan også være å yte selger kreditt. Megler har i så fall hånd om pengene på vegne av selger fra forbrukers innbetalingstidspunkt.¹⁶³ Angivelig er det en vanlig oppfatning i meglerbransjen at ”forskudd” innebærer kreditttyting til selger – hvilket er en forståelse Kredittilsynet også har akseptert.¹⁶⁴

Endelig kan forskuddsbetalingen representere en sikkerhetsstillelse til fordel for selger. Det dreier seg i så fall om pant i eller overdragelse i sikringsøyemed av enkle pengekrav, og panteloven¹⁶⁵ § 4-6 første ledd regulerer forholdet. Hovedregelen er at pantøver (selger) har råderetten over pantet (forskuddet). Loven åpner likevel for at partene kan avtale en løsning som innebærer at forbruker kan beholde råderetten på sikringsstadiet.¹⁶⁶

I andre tilfeller kan det være enda mer uklart om partene har hatt forskudd i tankene. Situasjonen kan for eksempel være den at overtakelsestidspunkt er fastsatt, og det er avtalt at kjøpesummen skal være innbetalt til meglers klientkonto innen dette. I tillegg kan avtalen inneholde en klausul om at 10 % av kjøpesummen skal innbetales allerede ved kontraktsinngåelsen. Rosén og Torsteinsen legger i likhet med Kredittilsynet, til grunn at dette er å forstå som ”en form for sikkerhet som skal innbetales til meglers klientkonto”.¹⁶⁷ Frem til overtakelsestidspunktet anses megler for å være underlagt forbrukers

¹⁶² Rosén (2008) s. 399.

¹⁶³ Bjerkan (1999).

¹⁶⁴ Se for eksempel inspeksjonsmerknader fra Kredittilsynet av henholdsvis 16. oktober 2008, 6. oktober 2008 og 10. september 2008. Enkelte kritiserer dette med den begrunnelse at forbrukere flest ikke er seg bevisst at de med dette yter selger en usikret kreditt. For øvrig bør megler utarbeide en utvetydig kontrakt for å unngå tolkningstvil omkring hensikten med forskuddsbetalingen.

¹⁶⁵ Lov om pant av 8. februar 1980 nr. 2.

¹⁶⁶ Skoghøy (2008) note 530 og Rt. 1987 s. 35.

¹⁶⁷ Rosén (2008) s. 400 og Bjerkan (1999).

instruksjonsrett når det gjelder råderetten over kjøpesummen. Utfordringen med Rosén og Torsteinsens modell er å avgjøre partenes hensikt med forskuddsbetalingen.

I motsetning til utvalgets standpunkt i NOU 1984: 14 Eiendomsmegling, legger Bergsåker og Anderssen til grunn at når betaling har skjedd som avtalt forskudd på avtalt dato, er beløpet unntatt forbrukers råderett.¹⁶⁸ Dette fordi formålet med forskuddet er å sikre selger mot et eventuelt senere kontraktsbrudd fra forbrukers side. Denne oppfatningen har etter min mening gode grunner for seg. På bakgrunn av sikringsformålet vil det være en forutsetning at selger har instruksjonsretten. Den motsatte løsning ville uthult den sikkerhetsposisjonen forskuddet er ment å gi selger. Uansett om forbruker påstår seg berettiget til å heve eller gjøre gjeldende ugyldighet, bør selger kunne benytte seg av den avtalte sikkerhetsposisjon som nettopp er tanken bak forskuddsbetalingen. Spørsmålet bør ses slik at forbruker har betalt forskudd med avgjort virkning. Følgelig dreier det seg ikke om avkall på tilbakeholdsrett. Av den grunn strider løsningen heller ikke mot avhl. § 4-15 og dens ufravikelighet. Problemstillingen er imidlertid omstrid. Endelig avklaring på spørsmålet utstår til Høyesteretts behandling.

Dersom forbruker har finansiert kjøpet av eiendommen gjennom lån, og finansinstitusjonen selv skal betale forskuddet direkte til megler, er det flere banker som praktiserer en ordning hvor de båndlegger midlene for å unngå at selger får råderetten.¹⁶⁹ Hvis partenes hensikt med forskuddsbetalingen var å gi selger kreditt, vil slik innbetaling med båndlegging av finansinstitusjonen ikke anses som kontraktsmessig oppfyllelse fra forbrukers side. Selger forutsetter imidlertid ofte at midlene skal være ubundet slik at det er snakk om et reelt forskudd.

¹⁶⁸ Bergsåker (2003) s. 348-349 og Anderssen (2008) s. 318.

¹⁶⁹ Rosén (2008) s. 400.

4.9.6 Forskuddsbetaling ved eiendomshandel etter bustadoppføringsloven

Der eiendomshandelen skjer etter reglene i bustadoppføringsloven, opererer enkelte aktører i utbygger- og eiendomsmeglingsbransjen med forskuddsbetaling. Undertiden benytter aktørene i bransjen andre uttrykk enn forskuddsbetaling. Alternative begreper er depositum, første innbetaling, avdrag eller håndpenger. Hvilket begrep som benyttes, kan imidlertid ikke avgjøre spørsmålet alene.

Tanken bak ordningen er å oppnå sikkerhet for kjøpers gjennomføringsevne av handelen. Etter bustadoppføringsloven er adgangen til å avtale forskuddsbetaling underlagt restriksjoner. For det første kan det etter buofl. § 47 første ledd bokstav a ikke kreves mer i avdrag enn verdien av det utførte arbeidet og de materialer som til enhver tid er tilført eiendommen. For det andre må materialene ikke være beheftet med salgspant, jf. § 47 første ledd bokstav b. For det tredje skal 10 % av kjøpesummen utstå til betaling ved overtakelse, jf. samme bestemmelse bokstav c.

Det er særregler i § 47 annet ledd for avtaler som omfatter rett til grunn. Det følger her at forskuddsbetaling etter første ledd bare kan avtales etter at forbruker har fått overført hjemmelen til eiendommen uten andre heftelser enn de forbruker skal overta, eller det er stilt garanti som nevnt i § 47 tredje ledd. Sistnevnte åpner for at partene kan avtale forskuddsbetaling forutsatt at en godkjent finansinstitusjon stiller selvskyldnergaranti.¹⁷⁰ Garantien sikrer pengene og forbruker løper derfor ingen risiko. Verken hele eller deler av forskuddsbetalingen kan benyttes til fordel for selger før megler har forsikret seg om at gyldig garanti er stilt. Dersom kjøper mener å ha krav mot selger før overtakelse, er han henvist til å gjøre dette gjeldende i selvskyldnergarantien.

En avtale som innebærer at hele kjøpesummen skal betales mot garantistillelse før overtakelsestidspunktet, vil derimot ikke være gyldig. Forskuddsbetaling med den følge at

¹⁷⁰ Denne garantien kommer i tillegg til den generelle garantien entreprenør plikter å stille på nærmere vilkår i medhold av buofl. § 12.

det gjenstår mindre enn 10 % av kjøpesummen til betaling ved overtakelse, er heller ikke bindende for forbruker da slik avtale vil stride mot buofl. § 3 første ledd.¹⁷¹

Der entreprenør utfører arbeid på tomt eid av forbruker, er gjeldende rett at forbruker gradvis blir eier av det utførte produktet etter hvert som det tar form. Av den grunn synes ikke behovet for å beskytte forbruker gjennom et forbud mot forskuddsbetaling å være like sterkt. Hvis avtalen derimot omfatter både oppføring av boligen og kjøp av eiendomsretten til grunnen, har forbruker ikke noe vern mot entreprenørs konkursbo før hjemmelen til eiendommen er tinglyst. Forbruker står rettslig sett svakt i et slikt forhold, og det er derfor gode grunner til å begrense adgangen til forskuddsbetaling.

Det er noe uavklart om innbetaling av forskuddsbeløp til meglers klientkonto skal regnes som forskuddsbetaling i forhold til buofl. § 47. Forutsetningen for problemstillingen, er at kjøpesummen ikke kan overføres til entreprenør før overtakelse og sluttoppgjør finner sted. Spørsmålet er om entreprenør må stille garanti ved slik innbetaling før hjemmelsoverføring?

Med utgangspunkt i § 47 første ledd beror spørsmålet på om forbrukers innbetaling til meglers klientkonto representerer et "avdrag eller forskot" på entreprenørs vederlag. Fra kjøpers synspunkt, vil innbetaling i utgangspunktet fremstå som forskuddsbetaling, jf. Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 77.

Formålet med garantien beskrevet i buofl. § 47 tredje ledd er å sikre forbruker mot tap av det innbetalte forskuddsbeløpet.¹⁷² Lovens formål tilsier at beløpet bør være dekket av garantien dersom selger eller hans konkursbo har råderett over forskuddsbeløpet. Hvis beløpet på den andre siden er utilgjengelig for selger og hans konkursbo inntil hjemmelsoverføring har funnet sted, gjør behovet for garanti seg ikke gjeldende med samme styrke. Kjøper må da ha innbetalt forskuddet på slike vilkår at selger eller hans

¹⁷¹ Bergsåker (2003) s. 149, Bergsåker (2000) s. 101 og Lilleholt (2001) s. 183-184.

¹⁷² NOU 1993: 20 s. 30.

konkursbo ikke under noen omstendighet kan råde over vederlaget før overtakelse og hjemmelsoverføring har funnet sted. Det må derimot gjøres unntak for tilfeller der forbruker uttrykkelig frigir pengene eller hvor det foreligger rettskraftig dom som gir selger rett til dem.

På den andre siden kan det legges vekt på at formålet med forskuddsbetaling er å beskytte selger mot eventuelt kontraktsbrudd fra kjøper. For at formålet skal oppnås, må selger ha adgang til å få utbetalt forskuddsbeløpet uten forbrukers samtykke. Hvis så er tilfelle, antas det at innbetalingen utløser plikt for utbygger til å stille garanti etter § 47.

Hvis det er avtalt at kjøpers innbetaling før overtakelse skal stå uavkortet på meglers klientkonto, utløser ikke innbetalingen garantiplikt etter § 47. Dette betyr samtidig at innbetalingen ikke vil være å anse som et forskudd, da entreprenør ikke har råderett over pengene. Utbyggers sikkerhet er derfor "falsk". Sånn sett kan innbetalingen godt kalles et depositum – kjøper viser betalingsevne- og vilje, men innbetalingen er ikke egnet til å tjene som sikkerhet for gjennomføringen av handelen.

Videre åpner buofl. § 46 for avtale mellom partene om at forbruker skal stille garanti eller "gje trygd på annen måte" for sine betalinger. Innbetaling til meglers klientkonto kan nettopp være en måte å "gje trygd på". Justisdepartementets lovavdeling la i tolkningsuttalelse av 5. juli 1999, til grunn at innbetaling til meglers klientkonto ikke strider mot loven.

Etter dette strider det neppe mot buofl. § 3 første ledd å gjøre avtale om forskuddsbetaling, men den eneste konsekvensen av ordningen er at kjøper viser evne til å fremskaffe penger. Selger kan verken disponere beløpet, motregne ved kjøpers mislighold eller belaste meglers tilgodehavende av innbetalingen.

Er det ikke avtalt forskuddsbetaling i henhold til buofl. § 47, vil enhver innbetaling til meglers klientkonto være å anse som kjøpers midler helt frem til tidspunktet for

hjemmelsovergang. Følgelig har kjøper instruksjonsrett over pengene frem til tinglysing av skjøte.

4.9.7 Konsekvenser av at megler ikke følger instruks

Megler kan bli erstatningsansvarlig for økonomisk tap hvis han ikke følger den berettigedes instruks.¹⁷³ Det samme gjelder der megler følger instruks fra den av partene som ikke er berettiget. Dernest risikerer megler at oppdragsgiver med hjemmel i emgll. § 7-7 krever meglers vederlag nedjustert.

I ytterste konsekvens kan det bli spørsmål om straffeansvar etter underslagsbestemmelsen i straffeloven¹⁷⁴ § 255. Dette forutsetter at megler har hatt til hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning. Det vanlige er nok at megler tar feil med henhold til kjøpers instruksjonsrett fordi situasjonen feilbedømmes eller fordi vedkommende ikke er kjent med gjeldende rett.

4.9.8 Utbetaling av det tilbakeholdte beløp

Undertiden holder kjøper tilbake en del av kjøpesummen inntil selger har ferdigstilt bygget eller rettet manglene. Når kjøper i medhold av sin instruksjonsrett har utøvd tilbakehold, er det i utgangspunktet også opp til han å avgjøre om bygget er ferdigstilt eller manglene tilstrekkelig utbedret.¹⁷⁵ Det er kjøper som bærer risikoen for vurderingen av om mangler er utbedret slik at grunnlaget for å holde tilbake penger er falt bort. Dette er et tema som lett gir opphav til tvist mellom kjøper og selger, og det kan derfor være hensiktsmessig om partene i fellesskap gjør eksplisitt avtale om hvilket arbeid som skal utføres før det tilbakeholdte beløpet utbetales. Hvis partene ikke kommer til enighet, kan de overlate til en nøytral tredjepart å avgjøre om restarbeidet er fullført. På bakgrunn av mellommannens

¹⁷³ Rosén (2008) s. 393.

¹⁷⁴ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.

¹⁷⁵ Bjerkkan (1999).

uavhengige rolle, bør megler ikke påta seg denne vurderingen. Kjøper kommer i mora om han feilaktig avviser at eiendommen er kontraktsmessig. Megler kan ikke utbetale vederlaget før kjøper har gitt samtykke til slik utbetaling. Med andre ord har kjøper instruksjonsrett over det tilbakeholdte beløpet.

En problemstilling som kan volde tvil, er hvorvidt kjøper under utøvelse av tilbakehold kan bytte mangelsgrunnlag. Situasjonen kan være at kjøper rettmessig holder tilbake en del av kjøpesummen fordi han før skjæringstidspunktet for instruksjonsrettens overgang oppdager at jordfeilbryteren på badet slår ut når varmekablene blir forsøkt satt på. Før selger utbedrer mangelen (heretter kalt mangel nummer én), og før kjøper gir instruks om utbetaling av det tilbakeholdte beløpet, oppdager kjøper under et kraftig regnfall at det lekker vann inn på loftet (heretter kalt mangel nummer to).¹⁷⁶ Problemstillingen er om kjøper på denne bakgrunn kan bytte mangelsgrunnlag?

Verken avhendingsloven eller bustadoppføringsloven inneholder bestemmelser som gir svar på spørsmålet. Det er heller ikke berørt i forarbeidene og det har så vidt jeg kan se, ikke vært til behandling i domstolene eller den juridiske teori.

Problemstillingen skal drøftes i lys av den normale situasjonen der eiendomshandelen formidles av en megler.

Hvorvidt bytte av mangelsgrunnlag skal tillates, vil etter min oppfatning bero på om megler sitter med kjøpesummen på vegne av kjøper eller selger, jf. vilkårene for utøvelse av tilbakeholdsrett nevnt i punkt 4.4 og instruksjonsrettens overgang i 4.9.3. I denne forbindelse tror jeg det er mest hensiktsmessig å operere med et skjæringstidspunkt som går ved kjøpers instruks til megler om utbetaling av det tilbakeholdte beløpet til selger, og ikke når megler faktisk utbetaler pengene til selger. Dette kan likestilles med situasjonen før

¹⁷⁶ Det presiseres at kjøper i slike tilfeller ikke lenger har instruksjonsrett over den øvrige delen av kjøpesummen – skjæringstidspunktet for denne del er som ellers beskrevet i fremstillingen. Kjøper vil imidlertid ha instruksjonsrett over det tilbakeholdte beløpet helt til han *frigir* dette.

overtakelse, typisk der kjøper innbetaler kjøpesum med omkostninger i god tid før avtalt overtakelsestidspunkt.

Dermed er det av betydning hvilket tidspunkt mangel nummer to oppdages på. Oppdages mangel nummer to før kjøper har gitt megler instruks om å utbetale det tilbakeholdte beløpet, kan det på bakgrunn av at kjøper har instruksjonsretten i behold, argumenteres for at kjøper kan bytte mangelsgrunnlag og derav fortsette utøvelse av tilbakeholdsrett. Motstykket til dette er at adgangen til å bytte mangelsgrunnlag er tapt idet instruks om utbetaling er gitt megler, og at sistnevnte dermed forvalter pengene på selgers vegne.

Selger har ikke forventninger om å få utbetalt beløpet før mangel nummer én er utbedret, jf. prinsippet om ytelse mot ytelse som ligger til grunn for tilbakeholdsretten. Andre argumenter som kan få innflytelse på vurderingen, er om mangel nummer to oppdages etter mangel nummer én er utbedret, men likevel før kjøper har gitt megler instruks om utbetaling av det tilbakeholdte beløpet. Her vil det kanskje være av betydning hvor lang tid det er gått fra mangel nummer én er utbedret og til mangel nummer to oppdages. I denne sammenheng bør tidskravet være strengt slik at det skal lite til før kjøper havner i mora om han ikke gir megler instruks straks mangel nummer én er utbedret.

Hvorvidt kjøper selv har satt begrensninger i tilbakeholdet, er selvsagt også et moment i vurderingen. Det må i denne anledning ses hen til hvordan kjøper har formulert instruks om utøvelse av tilbakehold. Kjøper kan for eksempel ha uttrykt: ”Det holdes tilbake kr 30 000 som sikkerhet for jordfeil på badet. Beløpet kan utbetales straks mangelen er utbedret og det kan ikke gjøres gjeldende andre mangelsgrunnlag.” Her må det være klart at kjøper selv har gitt fra seg adgangen til å bytte mangelsgrunnlag. På den andre siden er det kanskje lettere for kjøper å nå frem med et krav om bytte av mangelsgrunnlag dersom kjøper har uttrykt at ”det holdes tilbake kr 30 000 som sikkerhet for jordfeil på badet”. I forlengelse av dette kan det muligens sluttet at adgangen til å bytte mangelsgrunnlag er videre dersom kjøper har formulert seg i mer generelle ordelag – eksempelvis at ”kr 30 000 holdes tilbake som sikkerhet for elektrisk feil på badet”. Hvis mangel nummer én knytter

seg til defekte lyskilder i taket på badet, mens kjøper som mangel nummer to oppdager at varmekabler i gulvet på badet heller ikke fungerer, synes det mer nærliggende at mangelsgrunnlag kan byttes enn hvis kjøper i tilbakeholdet presiserer at han holder vederlaget tilbake grunnet defekte lyskilder i taket. Samtidig vil det kanskje gå en grense mot for vage formuleringer. Selger bør ikke komme i tvil om grunnlaget for kjøpers tilbakehold. På den andre siden er det ikke noe krav om at kjøper *må* angi mangelsgrunnlaget ved utøvelse av tilbakehold.

Bytte av mangelsgrunnlag slik at tilbakeholdsrett fortsatt kan utøves, vil rent praktisk være en enklere beføyelse å benytte for kjøper enn om han måtte gripe til øvrige sanksjonsmidler, for eksempel fremsette krav om prisavslag. Kjøper har uansett et krav på selger. Videre er det fordelaktig med en regel som knytter løsningen til et bestemt tidspunkt, nemlig tidspunktet kjøper gir megler instruks om utbetaling. Dette vil bidra til å sette klarere rammer for i hvilke situasjoner kjøper kan bytte mangelsgrunnlag. Med enkelte reservasjoner, synes det å være flere argumenter som trekker i retning av at kjøper bør kunne bytte mangelsgrunnlag hvis mangel nummer to oppdages før kjøper har gitt megler instruks om å utbetale det tilbakeholdte beløpet til selger. Endelig avgjørelse bør likevel bero på en helhetsvurdering i det konkrete tilfellet.

Et poeng i forhold til situasjoner hvor det åpnes for bytte av mangelsgrunnlag, er at kravet om verdimessig samsvar bør gjelde fullt ut.¹⁷⁷ Dersom kjøper i forhold til mangel nummer én holdt tilbake et større beløp enn hva han har rettslig adgang til å holde tilbake på bakgrunn av mangel nummer to, må han for å unngå å havne i mora, utbetale mellomlegget til selger når han har utbedret mangel nummer én. I det motsatte tilfellet, altså der det andre mangelsgrunnlaget representerer en større økonomisk verdi enn det første mangelsgrunnlaget, tror jeg løsningen bør være at kjøper er overlatt til å benytte seg av beslektede misligholdsbeføyelser for den overskytende delen som ikke dekkes av det tilbakeholdte beløpet.

¹⁷⁷ Herunder det slingringsmonn forbruker er gitt.

4.10 Finansieringsvansker for kjøper dersom mellommann ikke formidler handelen

Oppgjør uten bruk av mellommann krever et tillitsfullt samarbeid mellom långiverne, noe som kan være vanskelig å oppnå og ikke minst tungvint da samtidig tilstedeværelse er nødvendig. Derne vil långivere sjelden utbetale penger på vegne av kjøper uten at de har tilfredsstillende sikkerhet for pengene. Megler løser som nevnt dette ved å utstede en ”inneståelseserklæring”.¹⁷⁸ Hvor megler ikke forestår handelen, finnes intet garantiansvar for oppfyllelse og partene må overføre ytelsene strengt samtidig for å unngå risiko for tap. For å gjennomføre handelen i tråd med prinsippet om ytelse mot ytelse, kan partene møtes på tinglysingskontoret og foreta oppgjør der. Denne løsningen er ikke å anbefale da den vanskelig lar seg gjennomføre i praksis.

4.11 Tilbakeholdsrett ved antesipert mislighold

Avhl. § 6-1 første ledd regulerer tilbakeholdsrett ved forventet avtalebrudd.

Tilbakeholdsrett etter denne bestemmelsen skiller seg fra de andre hjemlene for tilbakeholdsrett ved at det ikke er krav om at motparten allerede har brutt avtalen.¹⁷⁹

For at tilbakeholdsrett skal kunne utøves berettiget, må et hovedvilkår og et tilleggsvilkår være oppfylt. Hovedvilkåret er at det ”framgår” at motparten ikke akter å oppfylle en vesentlig del av sine plikter.¹⁸⁰ Med utgangspunkt i en konkret vurdering av økonomiske forhold samt den funksjonelle betydning av manglende oppfyllelse, må den som vil benytte tilbakeholdsretten ha ”forholdsvis sikre holdepunkter” for at motparten ikke kommer til å oppfylle en ”vesentleg” del av sine forpliktelser.¹⁸¹ Tilleggsvilkåret er at årsaken enten må

¹⁷⁸ Meglers inneståelseserklæring, samt overføring av kjøpesum fra kjøpers finansieringskilde under forutsetning av tinglyst pantdokument (eventuelt pant i adkomstdokument) i den aktuelle eiendommen med den angitte prioritet, har samme rettsvirkning.

¹⁷⁹ Anderssen (2008) s. 389.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 125.

¹⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 125 og Anderssen (2008) s. 390.

være alvorlig svikt i vedkommendes kredittverdighet eller partens handlemåte, så som for eksempel konkurs eller gjeldsforhandling.¹⁸² Avhl. § 6-1 første ledd kommer til anvendelse selv om prinsippet om ytelse mot ytelse er fraveket.¹⁸³ I likhet med andre bestemmelser om tilbakeholdsrett, hviler risikoen for at vilkårene er oppfylt på den aktive part.¹⁸⁴

4.12 Den nærmere grensen for hvor stort beløp som kan holdes tilbake

Ordlyden nedfelt i avhl. § 4-6, § 4-15 og buofl. § 24 og § 31 er strukturert på samme måte hva angår størrelsen på beløpet som kan holdes tilbake. Forbruker kan ”halde tilbake så mykje av kjøpesummen som er nødvendig for å sikre at kravet vert dekt”. Bestemmelsene bygger således på en balansering av hensynene til begge parter. Forbruker har tilbakeholdsrett innenfor rammen av de krav selger svarer for – han kan ikke holde tilbake en større del av kjøpesummen enn det som er tilstrekkelig til å dekke kravet. Kjøper må gjøre seg opp en mening om hva slags krav han mener å ha mot selger samt kravets størrelse. Dette gir en pekepinn, men den nærmere grensen for hvor mye som kan holdes tilbake kan være vanskelig å fastsette.

I forarbeidene til kjøpsloven er det knyttet noen nærmere kommentarer til hvor mye som kan holdes tilbake.¹⁸⁵ Tanken er at dersom kjøper har tilbakeholdt et for stort vederlag, skal ikke dette uten videre lede til betalingsmislighold.¹⁸⁶ Først hvor kjøper har holdt tilbake ”klart mer” enn det som svarer til kravet, foreligger mislighold. Dette gjelder selv om det senere skulle dukke opp mangler som gir rett til å holde tilbake mer. Som nevnt i punkt 4.4 kan forbruker etter avhendingsloven ikke holde tilbake vederlaget mens han ”jakter” på flere mangler. Det er kun krav forbruker allerede gjør gjeldende han kan sikre gjennom tilbakeholdsretten.

¹⁸² Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 125.

¹⁸³ Bergsåker (2003) s. 83.

¹⁸⁴ Anderssen (2008) s. 391.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 96.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 96.

At mislighold først inntreder der forbruker har tilbakeholdt ”klart mer”, er særlig relevant ved forbrukerkjøp. Begrunnelsen ligger i den vanskelige bedømmelsen av kravets størrelse. Det synes urimelig at forbruker skal måtte foreta vurderinger fullt ut på egen risiko når det i bunn og grunn er selgers forsinkelse eller mangelfulle levering som er årsaken til tilbakeholdet. Av den grunn ønsket lovgiver å gi kjøper et ”slingringsmonn”.¹⁸⁷ Det lar seg vanskelig gjøre på forhånd å forutsi eksakt beløp en tredjemann vil fakturere for å rette en mangel. Slingringsmonnet referer seg kun til det tilbakeholdte beløpets størrelse, og ikke til spørsmålet om det i det hele tatt foreligger mangel eller forsinkelse.¹⁸⁸ Slingringsmonnet er mindre der kjøper har sikrere opplysninger om mangelen.¹⁸⁹ I Rt. 2006 s. 31 holdt kjøper tilbake kr 200 000 for fukt- og soppskader i et eldre hus. Prisavslaget ble senere fastsatt til kr 150 000, men retten aksepterte at kjøpers tilbakehold lå innenfor sikringsmonnet som avhl. § 4-15 gir forbruker.

For mindre graverende mislighold, kan kjøper være berettiget til utøvelse av partiell tilbakeholdsrett.¹⁹⁰ Ordlyden i bestemmelsene gir anvisning på at målestokken er de bakenforliggende økonomiske sanksjonene. I et mangelstilfelle kan for eksempel tilbakeholdsrettens omfang beregnes ved å la en uavhengig tredjemann utføre utbedring av skadene. En annen rettesnor kan være en direkte økonomisk kompensasjon for det verdiminus mangelen utgjør.

Forutsatt at det dreier seg om slike vesentlige mangler som kan åpne for sanksjoner i form av omlevering eller heving, vil det være aktuelt å holde hele vederlaget tilbake.¹⁹¹

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 110. I den fellesnordiske kjøpslovsutredningen er det om dette skrevet: ”Bedömningen får dock inte bli alltför sträng gentemot köparen. Har denne uppskattat sina krav på ett försvarligt sätt bör den omständigheten att det belopp som innehållits något överskrider köparens slutligt fastställda fordran inte nödvändigtvis leda till dröjsmålspåföljder”, jf. NU 1984: 5 s. 304.

¹⁸⁸ Bergsåker (2003) s. 343.

¹⁸⁹ Anderssen (2008) s. 316.

¹⁹⁰ Simonsen (1999) s. 389.

¹⁹¹ Simonsen (1999) s. 389.

4.13 Urettmessig tilbakeholdelse

Den part som utøver tilbakeholdet, bærer risikoen for bedømmelsen av egen rettsposisjon.¹⁹² Har vedkommende vurdert situasjonen korrekt, er tilbakeholdet lovlig. Om det motsatte er tilfelle, representerer dette et kontraktsbrudd.¹⁹³ Som konsekvens av dette kan selger gjøre gjeldende de vanlige følgene av manglende eller forsinket betaling.¹⁹⁴ I realiteten innebærer dette at selger kan holde skjøte tilbake etter avhl. § 5-5 eller kreve forbruker for forsinkelsesrente¹⁹⁵ fra avtalt betalingstidspunkt.¹⁹⁶ Etter avhl. § 5-3 og buofl. § 57 kan selger også heve avtalen dersom misligholdet er av vesentlig karakter.¹⁹⁷ Hvis selger hevder forbruker ikke har grunnlag for sitt tilbakehold (uberettiget tilbakehold), bærer selger likeledes risikoen for denne vurderingen om han holder tilbake egen ytelse. En annen konsekvens er at risikoen for eiendommen kan gå over selv om overtakelse ikke er skjedd, jf. avhl. § 2-4 annet ledd annet punktum.¹⁹⁸

Der kjøper utøver berettiget tilbakehold og tidspunktet for overtakelse er kommet, har kjøper krav på å få overta eiendommen og få skjøte utstedt til seg selv om en del av kjøpesummen holdes tilbake.¹⁹⁹ Hvis selger avviser å ta imot den øvrige kjøpesummen, er han i kreditmora med den følge at han ikke kan kreve forsinkelsesrenter av kjøper.²⁰⁰

¹⁹² Rt. 1980 s. 901, LB-2001-02626, Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 98 og Bergsåker (2003) s. 150 og s. 343.

¹⁹³ Det er for eksempel slått fast i en rettsavgjørelse at eiendommen ikke har en mangel, eller parten har holdt tilbake mer enn hva han har rettslig adgang til.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 96.

¹⁹⁵ Lov om renter ved forsinket betaling m.m. av 17. desember 1976 nr. 100.

¹⁹⁶ Se blant annet Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) s. 60.

¹⁹⁷ Simonsen (1999) s. 388, Lilleholt (2001) s. 188 og Bergsåker (2003) s. 342.

¹⁹⁸ Hagstrøm (2004) s. 353.

¹⁹⁹ Rt. 2006 s. 31 avsnitt 26.

²⁰⁰ Rt. 2006 s. 31 avsnitt 36.

4.14 Kort om selgers tilbakeholdsrett

Ifølge avhl. § 5-5 jf. § 2-3 kan selger holde tilbake eiendommen inntil forbruker betaler kjøpesummen og oppfyller andre plikter etter kjøpekontrakten eller loven. Også der selger har gitt forbruker betalingsutsettelse (kreditt), kan eiendommen holdes tilbake hvis forbrukers økonomi svikter, jf. bestemmelsene om forventet kontraktsbrudd i avhl. § 6-1 og § 6-2.²⁰¹ Selger løper imidlertid en betydelig risiko ved å yte kjøper kreditt. Dette fordi selger ikke lenger har hånd om egen ytelse. En naturlig konsekvens av dette, er at selger samtidig gir fra seg sin tilbakeholdsadgang.

I forarbeidene til avhl. § 5-5 gis det uttrykk for at ”ofte skal det ikkje så mykje til” før man ser det slik at partene i realiteten har avtalt utsettelse av ”andre plikter” (biforpliktelser).²⁰² Bergsåker mener på sin side at det er grunn til å kreve ”relativt klar tale og god dokumentasjon” for at betalingsutsettelse er avtalt.²⁰³

Bustadoppføringsloven har ingen parallell til regelen i avhl. § 5-5 om tilbakeholdelse av vederlag for å sikre krav på grunn av avtalebrudd.²⁰⁴ I Rt. 1992 s. 770 ble det antatt at entreprenør ikke hadde noen alminnelig tilbakeholdsrett i bygget. Det er tvilsomt om entreprenør kan sies å ”inneha bygget” på en slik måte at han kan nekte forbruker tilgang.²⁰⁵

5 Beslektede misligholdsbeføyelser

For at kjøper skal ha noe å kreve, er det et grunnvilkår at mangel eller forsinkelse foreligger og at denne ikke skyldes kjøper eller forhold han har risikoen for. Hvis kjøper ikke kan

²⁰¹ Martinussen (2008) s. 56 og s. 57.

²⁰² Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 124.

²⁰³ Bergsåker (2003) s. 392.

²⁰⁴ Lilleholt (2001) s. 173.

²⁰⁵ Advokatfirmaet Cappelen & Krefting (1998) s. 93.

påvise mangel eller forsinkelse, har han ikke grunnlag for å fremsette krav. Det er en nødvendighet at mangel eller forsinkelse foreligger, men det er ikke dermed sagt at det er tilstrekkelig for at kjøpers krav er berettiget.²⁰⁶ Avhl. § 4-1, avhl. § 4-8, buofl. § 17 og buofl. § 29 viser til beslektede misligholdsbeføyelser ved forsinkelse eller mangel. Med enkelte forbehold, utelukker ikke beføyelsene hverandre.²⁰⁷ Dette fremgår av kjøpsloven § 22 første ledd annet punktum, men lovgiver fant det ikke nødvendig å inkludere dette i avhendingsloven.²⁰⁸ Kjøper kan eksempelvis holde tilbake sin ytelse samt kreve erstatning når vilkårene foreligger. Sanksjonene er ikke alternative i form av ”enten – eller”.

Både etter avhendingsloven og bustadoppføringsloven er hovedregelen at forbruker kan fastholde avtalen og kreve naturaloppfyllelse selv om selger eller entreprenør ikke oppfyller i tide.²⁰⁹ Derest har forbruker, ved vesentlige mangler på eiendommen eller vesentlige forsinkelser fra selgers side, mulighet til å heve avtalen.²¹⁰ En annen sanksjonsmulighet for forbruker er retting.²¹¹ Ved eiendomskjøp har den tradisjonelle oppfatningen vært at selger som hovedregel ikke har retteplikt.²¹² Der selger er profesjonell, vil han på den andre siden kunne få retteplikt på nærmere vilkår, jf. avhl. § 4-10 annet ledd. Etter buofl. § 32 er retteplikten derimot generell. En fjerde

²⁰⁶ Krüger (1999) s. 370.

²⁰⁷ Dersom forbruker for eksempel krever retting, kan han ikke kreve heving på grunnlag av samme mangel hvis retting gjennomføres.

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 96. Det samme antas å gjelde for bustadoppføringsloven.

²⁰⁹ Lilleholt (2001) s. 117. I avhendingsloven fremgår regelen om naturaloppfyllelse av § 4-2. Bustadoppføringsloven inneholder ingen tilsvarende regel fordi lovgiver fant det unødvendig å lovfeste dette. Bustadoppføringslovens ordning med tilleggsfrist fører også til at behovet for å gjøre unntak fra fastholdelsesretten ikke er like sterkt.

²¹⁰ Jf. avhl. § 4-8 første ledd bokstav c jf. § 4-13, avhl. § 4-1 første ledd bokstav c jf. § 4-3, buofl. § 17 annet ledd bokstav b jf. § 20 og buofl. § 29 første ledd bokstav b jf. § 34.

²¹¹ Jf. avhl. § 4-8 første ledd bokstav a jf. § 4-10, buofl. § 29 første ledd bokstav b jf. § 32. Retting er kun aktuelt i mangelstilfellene.

²¹² Lilleholt (2001) s. 145.

sanksjonsmulighet for forbruker er å kreve erstatning.²¹³ Med hjemmel i buofl. § 17 annet ledd bokstav a jf. § 18, kan kjøper kreve dagmulkt ved forsinkelse. I mangelstilfellene kan forbruker dessuten kreve prisavslag.²¹⁴

6 Under hvilke forhold er tilbakeholdsrett et nyttig sanksjonsmiddel?

Det er i tråd med det alminnelige kontraktsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse at en part ikke bør ha plikt til å betale for en ytelse han ikke får som forespeilet. Ved å følge dette prinsippet, sikres en rimelig balanse mellom kontraktspartenes ytelser. Det harmonerer med vår alminnelige rettsfølelse at en part ikke skal betale for en ytelse han ikke får eller betale fullt ut for en eiendom som er mangelfull.

Fordelene ved å benytte seg av tilbakeholdsrett kommer særlig til uttrykk etter inntrådt mislighold. Under slike forhold kan sikkerhets- og presseffekten bak sanksjonen være til god støtte for kjøper. Dersom motytelsen uteblir, gir tilbakeholdsretten mulighet for å holde tilbake hele den egne ytelsen inntil levering skjer. For å kunne utøve tilbakeholdsrett i slike situasjoner, må naturligvis kjøper være klar over misligholdet. Med mindre selger har innrømmet kjøper kreditt, er derfor tilbakeholdsretten uten verdi for mangler som ikke oppdages på overtakelsestidspunktet. Etter dette tidspunktet, er det ikke lenger midler å utøve tilbakehold i, og kjøper er henvist til de alminnelige reglene om reklamasjon. Dermed står kjøper uten det pressmidelet og den sikkerheten tilbakeholdsretten innebærer, men vedkommende har selvsagt krav på tilbakebetaling fra selger. Dette innebærer som tidligere nevnt, at tilbakeholdsretten gjerne er mest effektiv i forsinkelsestilfellene. I mangelstilfellene er situasjonen ofte den at kjøper først blir klar over manglene etter at

²¹³ Jf. avhl. § 4-8 første ledd bokstav d jf. § 4-14, avhl. § 4-1 første ledd bokstav c jf. § 4-5, buofl. § 29 første ledd bokstav c jf. § 35 og buofl. § 17 annet ledd bokstav c jf. § 19 og § 22.

²¹⁴ Jf. avhl. § 4-8 første ledd bokstav b jf. § 4-12 og buofl. § 29 første ledd bokstav b jf. § 33.

ytelsene er utvekslet. Generelt kan det sies at en part bør vise varsomhet med å utøve tilbakehold i situasjoner hvor det er usikkert om parten har et holdbart krav.

Så lenge kjøper ikke har prester hele sin ytelse, gir tilbakeholdsretten ham en sterk maktposisjon i kontraktsforholdet. Ved å utøve tilbakehold, skyves søksmålsbyrden over på medkontrahenten. På den ene siden medfører dette den fordel at mangelssanksjonene effektiviseres, mens det på den andre siden vil kunne friste kjøper til å misbruke maktposisjonen.²¹⁵ Motpartens rett til å kreve forsinkelsesrenter bøter imidlertid noe på misbruk fra kjøper.

Tilbakeholdsrett er en av flere sanksjoner en avtalepart kan ty til ved mislighold fra motpartens side. Ut fra den situasjonen kjøper har havnet i, bør han benytte seg av den eller de misligholdsbeføyelsene som er mest hensiktsmessige i det konkrete tilfellet. Hvis vilkårene for å utøve tilbakeholdsrett er til stede, bør forbruker benytte denne sanksjonsmuligheten. Dette fordi forsvars- og sikkerhetsposisjonen tilbakeholdsretten gir kjøper er enestående sett i forhold til de øvrige sanksjonene. Gjennom tilbakeholdsrett sikrer kjøper seg mot selgers manglende betalingsevne eller vilje. Videre er utøvelse av tilbakeholdsrett enkelt anvendelig og meget praktisk. Ved bruk av andre sanksjonsmidler, kreves gjerne større innsats og ressurser av kjøper. Terskelen for å fremsette erstatningskrav, dagmulktsskrav, prisavslagskrav m.v. kan være høyere enn terskelen for å holde tilbake et vederlag inntil motpartens ytelse er prester. Prosessen med aktivt å inndrive et krav fordrer gjerne større utfordringer og innsats enn det å forsvare seg mot motpartens krav. Dette sett i sammenheng med effekten tilbakeholdsretten gir ved at søksmålsbyrden skyves over på motparten, gjør tilbakeholdsrett til en sanksjon som er å foretrekke så sant vilkårene for utøvelse foreligger.

²¹⁵ Simonsen (1999) s. 388.

7 Litteraturliste

Advokatfirmaet Cappelen & Krefting. *Oppføring av egen bolig. Kontrakter og rettigheter. En praktisk veiledning til Bustadoppføringslova*. 1. utgave. Oslo, 1998.

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. opplag, Oslo 2003.

Anderssen, Harald Benestad. *Avhendingsloven med kommentarer*. 1. utg. Oslo, 2008.

Austenå, Torgeir. *Lov om tinglysing / med kommentarer av Ole F. Harbek og Erik Solem*. 9. utgave. Oslo, 1990.

Bech, Stig og Trond Hasfjord. *Eiendomsmeglingsloven med kommentarer*. 2. utgave. Oslo, 1995.

Bergsåker, Trygve. *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk. Med et spesialstudium av salg ved budgivningskonkurranse*. Oslo, 2008.

Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 4. utgave. Oslo, 2003.

Bergsåker, Trygve. *Kjøp av ny bolig med kommentarer til bustadoppføringsloven*. 1. utgave. Oslo, 2000.

Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett*. Oslo, 1994.

Bjerkan, Trond. *Kjøpers adgang til å gi megler instruks om å holde tilbake hele/deler av kjøpesummen*. Oslo, 1999. <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=2641>.
[Sitert 13. oktober 2008].

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet*. 2. utgave. Oslo, 1994.

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet*. 1. utgave. Oslo, 1988.

Brækhus, Sjur. *Tilbakeholdsretten*. I: Jussens Venner. 1979, s. 181-231.

Brækhus, Sjur. *Meglerens rettslige stilling*. 1. utgave. Oslo, 1946.

Bråthen, Tore og Margrethe Røse Solli. *Eiendomsmegling i praksis Del 1*. Utgitt av Norges Eiendomsmeglerforbund. 4. utgave. Oslo, 2006.

Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001.

Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*. 2. utgave. Oslo, 1997.

Gisle, Jon... [et al.]. *Jusleksikon*. 2. utgave. Oslo, 2003.

Hagen, Line Taylor og Christina D. Lyngtveit. *Oppgjør og oppgjørsrutiner*. Oslo, 2008.

Hagstrøm, Viggo. *E-post*. 12. september 2008.

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. 3. opplag. Oslo, 2004.

Hagstrøm, Viggo. *Fragmenter fra obligasjonsrett, 1, Kapittel 42-49*. 3. utgave. Oslo, 1992.

Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*. 2. utgave. Oslo, 2002.

Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte*. 1. utgave. Oslo, 1997.

Kihlman, Jon. *Fel: särskilt vid köp av lös och fast egendom*. Stockholm, 1999.

Krüger, Kai. *Kommentar til forbrukerkjøpsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 21. oktober 2008].

Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4. reviderte utgave. Bergen, 1999.

Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4. utgave. Bergen, 1991.

Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989.

Lilleholt, Kåre. *E-post*. 9. oktober 2008.

Lilleholt, Kåre. *Kommentar til bustadoppføringsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 10. september 2008.]

Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. 1. utgave. Bergen, 2001.

Martinussen, Roald. *E-post*. 26. september 2008.

Martinussen, Roald. *Avhendingsrett. Innføring i eiendomskjøpsrett*. 1. utgave. Stavanger, 2007.

Nordtveit, Ernst. *Kommentar til avhendingsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 28. august 2008].

Rodhe, Knut. *Obligationsrätt*. Stockholm, 1956.

Rognlien, Stein. *Avhendingsloven, Kommentar til lov om avhending (kjøp og salg) av fast eiendom*. 2. opplag. Oslo, 1998.

Rosén, Karl og Dag Henden Torsteinsen. *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*. 2. utgave. Oslo, 2008.

Rosén, Karl og Dag Torsteinsen. *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*. 1. utgave. Oslo, 2006.

Simonsen, Lasse. *Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene*. I: Jussens venner. 1999, s. 305-398.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Kommentar til panteloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sisert 16. oktober 2008].

Schlechtriem, Peter og Martin Schmidt-Kessel. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 6. utgave. Osnabrück, 2005.

Ussing, Henry. *Aftaler paa formuerettens omraade*. 3. utgave. København, 1950.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 5. utgave. Oslo, 2003.

Wyller, Christian Fr. *Kjøpsretten i et nøtteskall*. 3. utgave. Stavanger, 1997.

Zimmermann, Reinhard. *The law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*. 2. utgave. Cape Town: Juta, 1990.

Øvrebø, Henrik. *Forbrukerens rett til å avvise entreprenørens levering av bolig etter bustadoppføringsloven § 15 tredje ledd*. I: Jussens Venner. 2003, s. 210-221.

Øyen, Ørnulf. *Kravet til konneksitet ved utøvelse av tilbakeholdsrett, retensjonsrett og utvidet motregningsrett*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 111 (1998), s. 711-762.

8 Tolkingsuttalelser og rundskriv

Rundskriv fra Kredittilsynet nr. 9 (2007). *Eiendomsmeglers plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring*. <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=18274>

Tolkingsuttalelse fra Justisdepartementet av 5. juli 1999. *Bustadoppføringslova § 47 – innbetaling til eiendomsmeglers klientkonto ved avtaleinngåelsen – plikt til å stille garanti*. <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftzok?bas=jdlov&emne1=bustadoppf%F8ringslova+%A7+47&sok=fast>

Tolkingsuttalelse fra Justisdepartementet av 21. april 1986. *Meklers adgang til å holde tilbake del av kjøpesummen på grunn av påstått mangel ved en formidlet eiendom [Næringslovgivning]*. <http://abo.rechtsdata.no/propub/template.htm?view=main>

9 Inspeksjonsmerknader fra Kredittilsynet etter stedlige tilsyn

Inspeksjonsmerknader fra Kredittilsynet av 16. oktober 2008. *Merknader – endelig rapport etter stedlig tilsyn [Lilleaker Økonomi AS (Eie), Oslo]*. <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=20823>

Inspeksjonsmerknader fra Kredittilsynet av 6. oktober 2008. *Merknader – endelig rapport etter stedlig tilsyn [Solli og Partnere AS (Privatmegleren), Asker]*. <http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=20825>

Inspeksjonsmerknader fra Kredittilsynet av 10. september 2008. *Merknader – endelig rapport etter stedlig tilsyn [Garanti Eiendomsmegling Oslo AS].*

<http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=20671>

10 Nettdokument

Anderson, Grace. *Latin to English translations*. 2004.

http://www.proz.com/kudoz/latin_to_english/law:contracts/829343-exceptionio_non_rite_adimpleti_contractus.html

11 Forkortelser

Flg.	Følgende
Jf.	Jamfør
Kgl.res.	Kongelig resolusjon
Kl	Klokken
Kr	Kroner
M.m.	Med mer
M.v.	Med videre
Nr.	Nummer

12 Lovregister

- 2008 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.
- 2007 Lov om eiendomsmegling av 29. juni 2007 nr. 73.
- 2003 Lov om burettslag (burettslagslova) av 6. juni 2003 nr. 39.
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 23.
- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46.
- 1997 Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven) av 13. juni 1997 nr. 43.
- 1994 Lov om løysingsrettar av 9. desember 1994 nr. 64.
- 1992 Lov om avhending av fast eigedom (avhendingsloven) av 3. juli 1992 nr. 93.
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86.
- 1989 Lov om eiendomsmegling av 16. juni 1989 nr. 53. [Opphevet].
- 1988 Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27.

- 1980 Lov om pant av 8. februar 1980 nr. 2.
- 1976 Lov om renter ved forsinket betaling m.m. av 17. desember 1976 nr. 100.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5.
- 1907 Lov om kjøp av 24. mai 1907 nr. 2. [Opphevet].
- 1902 Almindelig Borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.

13 Forarbeidsregister

- Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).
- Ot.prp. nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven).
- Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven).
- Ot.prp. nr. 29 (1988-1989) Om lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere.
- Ot.prp. nr. 59 (1988-1989) Om lov om eiendomsmegling.
- Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980.

NOU 2006: 1	Eiendomsmegling.
NOU 1993: 20	Kjøp av ny bustad.
NOU 1993: 4	Lov om husleieavtaler.
NOU 1992: 9	Forbrukarentrepriselov.
NOU 1987: 14	Eiendomsmegling.
Innst.O. nr. 71 (1991-1992)	Innstilling fra justiskomiteén om lov om avhendelse av fast eiendom (avhendelseslova).
NU 1984: 5	Nordiska köplagar.

14 Forskrifter

Forskrift om eiendomsmegling av 23. november 2007 nr. 1318

Forskrift om eiendomsmegling av 20. mars 1990 nr. 177

15 Register over rettspraksis

Publiserte dommer

Rt. 2007 s. 1587

Rt. 2006 s. 31

Rt. 2002 s. 1110

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1997 s. 1568

Rt. 1997 s. 70

Rt. 1992 s. 770

Rt. 1987 s. 35

Rt. 1980 s. 1524

Rt. 1980 s. 901

Publiserte underrettsdommer

LB-2006-134003

LB-2005-00245

LB-2001-02626

LB-1996-002392

Nemndsavgjørelser

Klagenemnda for eiendomsmeglingstjenester

Klage nr. 109/01 – 17. desember 2001,
Manglende opplysninger om
forkjøpsrett.

Klagenemnda for eiendomsmeglingstjenester

Klage nr. 16/94 – 16. juni 1994,
Meglers ansvar for opplysninger om
feil og mangler m.v.